



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**JUZGADO 39 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE
DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

j39pccmbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D. C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Ref. ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-4189-039-2024-00411-00

ACCIONANTE: ANA JULIA LOPEZ GÓMEZ.

**ACCIONADA: ADMINISTRADORA DE FONDO DE
PENSIONES PORVENIR S.A., y EPS FAMISANAR S.A.S.**

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

I. ANTECEDENTES

1.- Hechos

Expone la accionante **ANA JULIA LOPEZ GÓMEZ** identificada con cedula
de ciudadanía No. 1.193.056.907, en síntesis, que, es trabajadora de la empresa
INVERSOCUR S.A., cuenta con afiliación en la **EPS FAMISANAR S.A.S.**, y en la
ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A y cuenta con
incapacidad prolongada que supera los 400 días ininterrumpidos en razón a
presentar diagnóstico de *“C509 tumor maligno de la mama parte no especificada”*,
por lo que está sometida a varios tratamientos, entre ellos, quimioterapia diaria.

Afirmó que, su EPS reconoció y pagó sus incapacidades hasta el día 180,
fue calificada con concepto de rehabilitación desfavorable, razón por la que su
AFP interpuso recurso en contra de dicho concepto y en la actualidad, se
encuentra en proceso de perdida de capacidad laboral ante la Junta Regional de
Calificación.

Señaló que, desde el 7 de febrero de 2023, se ha dirigido ante su **AFP
PORVENIR S.A.**, con el fin de reclamar el reconocimiento y pago de
incapacidades posteriores al día 180 de incapacidad, sin embargo, se negó a
realizarlo en razón a que el concepto de rehabilitación es desfavorable, razón por
la que instauró acción de tutela en donde se ordenó a la entidad el pago
respectivo, a pesar de ello elevó derecho de petición empero la respuesta fue que
las incapacidades hasta el 16 de septiembre del año 2023 ya fueron ordenadas
por otra autoridad judicial.

Concluyó que desde el mes de noviembre del año 2022 no recibe ningún
ingreso conllevando a ello a la afectación de su mínimo vital además de ser
paciente con incapacidad prolongada y no encontrarse pensionada ya que se
encuentra en espera de ser valorada por la Junta Nacional.

2.- La Petición

Con fundamento en lo anterior solicitó se amparen sus derechos
fundamentales al mínimo vital, igualdad y seguridad social, en consecuencia, se

ordene a la accionada **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A.**, y/o **EPS FAMISANAR S.A.S.**, proceder con a reconocer y pagar las incapacidades adeudadas y las generadas a partir del día 180 en adelante en razón a ser ininterrumpidas y en atención a su diagnóstico.

3.- Trámite Procesal

Una vez superada la inadmisión, se admitió la presente acción mediante auto de fecha 18 de marzo de la presente anualidad, en donde se ordenó la notificación a la accionada y vinculadas a efectos de que ejercieran el derecho a la defensa sobre los hechos alegados, en donde la primera, **EPS FAMISANAR S.A.S.**, expuso que: *“...[u]suaria venía con incapacidad continua desde el 27/05/2022 al 21/05/2023 por un total de 356 días; Se encontraba dentro de su ciclo 181 - 540 Cuando presento interrupción por 30 días o más del 22/05/2023 al 21/06/2023 lo cual constituye pérdida de la prórroga. Por lo cual es necesario nos certifique si la interrupción es real, (Es decir que laboro en ese periodo - si es así la empresa debe certificar) ya que si es así debemos dar inicio a nuevo ciclo de incapacidad desde día 1, o por el contrario, si no ha radicado la incapacidad es necesario la radique para poder dar continuidad al ciclo inicial. Lo anterior puesto a que las incapacidades posteriores a la interrupción cuentan con el mismo DX con el que venía y con el fin de determinar realmente en que parte de su ciclo se encuentra y a quien corresponde la responsabilidad de pago (...) Al respecto es preciso manifestarle a su honorable despacho que de acuerdo con la normatividad dispuesta en materia de incapacidades, las Empresas promotoras de Salud EPS, únicamente están obligadas a reconocer y cancelar estas prestaciones hasta el día 180 de incapacidad por una misma patología; a partir del día 181 esta obligación se transfiere a los Fondos de Pensiones; al igual que la remisión a la Junta de calificación de invalidez, con el objetivo de determinar el grado de pérdida de la capacidad y si hay lugar a reconocer mesada pensional por invalidez de acuerdo con lo establecido en el decreto 2463 de 2001, artículo 23”.*

La **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A.**, aseguró que: *“...[s]olo existe un evento especialísimo donde los fondos privados reconocen un subsidio equivalente (ni siquiera es una incapacidad como tal) y ocurre cuando el fondo aplaza la calificación del actor, en espera de una eventual rehabilitación. Esta situación no se presentó en el caso sub examine (...) Para que sea calificada la pérdida de capacidad laboral de un afiliado al sistema general de pensiones, es necesario que su EPS emita concepto desfavorable de rehabilitación, pues de lo contrario los fondos privados reconocen un subsidio equivalente a la incapacidad que éste venía disfrutando (ni siquiera es una incapacidad como tal) y, cuando el fondo aplaza la calificación del actor, es en espera de una eventual rehabilitación. Esta situación NO se presentó en el caso sub examine ... en el caso de la señora ANA JULIA LOPEZ GOMEZ tenemos que la EPS a la cual se encuentra afiliada determinó un porcentaje de Pérdida de Capacidad Laboral (PCL) del 64.68%. En virtud de la inconformidad presentada por la Compañía de Seguros de Vida Alfa S.A., con la cual tenemos contratada la póliza previsional que cubre a nuestros afiliados, se procede con el pago de honorarios a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C y posterior a ello, debido a la calificación que emitió la Junta Regional, se procede con el pago de honorarios a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, estando a esperas de lo que determine esta. Se adjunta soporte del pago para verificación del despacho... Es así como la Pérdida de Capacidad Laboral del afiliado ya fue calificada con un porcentaje inferior al 50%, por lo que no es procedente el reconocimiento por parte de esta Administradora del pago de incapacidades...”.*

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, informó: *“...en la siguiente relación se puede evidenciar los pagos realizados por esta Sociedad Administradora a favor del accionante por 360 días, desde el día 181 hasta el día 540 de incapacidad continua que fue el 26 de julio de 2023 (...) Así las cosas, PORVENIR S.A. no adeuda suma alguna a favor de la señora VIVIANA ANDREA DIONISIO ROJAS, hecho que se encuentra cabalmente demostrado por parte de esta Administradora, como quiera que se han reconocido todas las incapacidades a nuestro cargo, que han sido presentadas por el accionante. Señor Juez solicitamos respetuosamente tenga en cuenta el comunicado del Ministerio de Salud en relación a la reglamentación de las incapacidades posteriores al día 540, donde el Ministerio admite que son las EPS las que deben pagar las incapacidades posteriores al día 540; incluso el Ministerio ya está girando los recursos para ello así: “previniendo la consolidación de las incapacidades posteriores al día 540, se concluyó un porcentaje adicional en el valor de la UPC (0.35%) para garantizar el reconocimiento y pago de las incapacidades por enfermedad general posteriores a 540 días. Teniendo en cuenta Señor Juez, que la señora VIVIANA ANDREA DIONISIO ROJAS busca con la presente tutela el pago de las incapacidades posteriores al día 540, el reconocimiento y pago de estas se encuentra a cargo de la EPS tal y como lo dispuso el legislador en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 y lo ratificó la corte Constitucional mediante Sentencia T-144 de 2016 ... La Compañía de Seguros de Vida ALFA S.A., con la cual esta Administradora tiene contratado el seguro de invalidez y sobrevivencia que cubre a nuestros afiliados, calificó el origen y la Pérdida de Capacidad Laboral (PCL) de la afiliada, determinando un porcentaje de Pérdida de Capacidad Laboral del 29,24%. Dictamen que a la fecha no ha sido objeto de recurso alguno por parte de la accionante”.*

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** se pronunció y advirtió que la accionante: *“...registran afiliación ante CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR. Régimen CONTRIBUTIVO en estado ACTIVO desde el 22/04/2008 hasta la fecha”* además indicó sobre la falta de competencia legal para conocer el trámite de reconocimiento de prestaciones económicas en la función jurisdiccional de la entidad.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** explicó: *“...[e]s importante indicar al despacho que una vez verificadas las bases de datos y aplicativos de la entidad se encuentra que el ciudadano ANA JULIA LOPEZ GOMEZ identificado con C.C 1193056907 no se encuentra y no ha estado afiliado a esta entidad ... Así las cosas, legalmente COLPENSIONES solamente puede asumir asuntos relativos a la Administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida en materia pensional, toda vez que éste es el marco de su competencia y, en consecuencia, esta Administradora no se encuentra legalmente facultado para ello...”*

En su orden, **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**, contestó: *“...[u]na vez revisados nuestros sistemas de información se evidenció que la accionante está afiliado a ARL AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. a través de la compañía INVERSIONES Y OPERACIONES COMERCIALES con fecha de ingreso el 1 de junio de 2019, en el cargo de vendedor. Dicha afiliación SE ENCUENTRA VIGENTE. Al revisar nuestros sistemas de información se evidencia que no existe reporte de accidente de trabajo o enfermedad laboral sufrida por la accionante. Esta razón es suficiente para indicar que esta ARL no se encuentra en la obligación de asumir las pretensiones que reclama la accionante vía acción de tutela ... Nótese que las incapacidades que presenta el actor en los anexos de su escrito obedecen a diagnósticos no derivados de accidente de trabajo, por cuanto su EPS de afiliación ha sido la que ha emitido las incapacidades a la accionante*

en las cuales se refleja claramente que son por enfermedad general ... Por parte de esta ARL no se han emitido incapacidades, razón por la cual no hay pagos pendientes que efectuar pues las que son motivo de acción de tutela, están cargo de su EPS y/o AFP de afiliación quien ha sido la entidad que las ha expedido por diagnósticos de origen común”.

La JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ D.C. Y CUNDINAMARCA manifestó: “[e]l 31 de mayo de 2023 la EPS FAMISANAR radicó caso ante esta JUNTA con el fin de resolver controversia presentada por calificación proferida en la entidad el 6 de mayo de 2023 sobre el diagnóstico tumor maligno de la mama, al cual le fue asignado una Pérdida de Capacidad Laboral de 64.68% y Fecha de Estructuración 2 de marzo de 2022. La Junta Regional de Calificación Invalidez Bogotá emitió dictamen de calificación 1193056907 - 8277 el 25 de agosto de 2023 mediante el cual se calificó el diagnóstico tumor maligno de la mama y ausencia adquirida de la mama, de Origen Enfermedad Común, con una Pérdida de Capacidad Laboral de 46.91% y Fecha de Estructuración 2 de marzo de 2022. Al respecto, se interpuso recurso de apelación por la paciente, y se remitió para trámite ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. En segunda instancia la Junta Nacional de Calificación de Invalidez se evidencia en su portal web que la paciente ha sido citada a valoración médica inicial para el mes de julio. Es importante advertir que el Artículo 2.2.5.1.43 del Decreto 1072 de 2015, hace referencia a la firmeza de los dictámenes...”

La JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ en respuesta informó: “...una vez revisada la base de datos de esta entidad, se ubica un (1) único expediente de la señora Ana Julia Lopez Gomez el cual fue radicado por parte de la Junta Regional de Calificación de Bogotá y Cundinamarca y fue asignado a la Sala Primera (1) de Decisión el día 11 de enero de 2024. Se aclara al Honorable despacho que todos los casos radicados en esta entidad demandan la misma importancia al tratarse de pacientes cuyo estado de salud requiere atención oportuna, sin embargo, esta entidad no puede dar tratamiento diferente a ninguno, por el contrario, se resuelven en orden de llegada y se brinda el trámite correspondiente. Atendiendo los pronunciamientos del Gobierno Nacional, Gobierno Departamental, el Gobierno Distrital y Local por medio de sus autoridades y las autoridades sanitarias del país, la Junta Nacional ha citado a la accionante, la señora Ana Julia Lopez Gomez para valoración presencial para el próximo 18 de julio de 2024 a las 6:50am...”.

SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., resaltó: “[e]n razón al contrato del seguro previsional tomado con la Administradora de Fondo de Pensiones Porvenir S.A., pese a que no procedía el pago de incapacidades posteriores al día 180, por contar con concepto DESFAVORABLE, en obediencia al fallo del JUZGADO SETENTA Y CINCO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BOGOTÁ, se pagaron 235 días de incapacidad continua, hasta el 18 de octubre del 2023 ... esta compañía pagó 235 días de incapacidad continua, comprendidos entre el día 23 de noviembre del 2022 y el 18 de octubre del 2023, conforme se fueron presentando ante la AFP Porvenir por parte de la accionante... Es de señalar al Despacho, que en caso de que se continúen generando incapacidades médicas deberá ser la misma EPS, quien asumirá dicha prestación, conforme lo ordena la ley 1753 de 2015 en el artículo 67, reglamentado mediante el Decreto No. 1333 del 27 de Julio de 2018 en su artículo 2.2.3.3.1. haciendo énfasis en este punto, sobre el carácter independiente y autónomo de las EPS al respecto y que, por lo tanto, esta aseguradora no tiene ningún tipo de injerencia en cuanto a sus trámites y cumplimiento de obligaciones como la presente. Es importante informarle al Despacho, que la Accionante no prueba que exista un perjuicio

irremediable dado que ya le fue calificada su PCL y se encuentra en trámite ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez para que resuelva la inconformidad presentada. Al respecto cabe precisar que esta aseguradora en cumplimiento de su obligación pagó oportunamente los honorarios a la Junta, notificándola sobre este hecho. De manera que se está a la espera del pronunciamiento por parte de la JNCI a través de la emisión de su dictamen de PCL, como órgano de cierre”.

Por su parte, La **CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR COMPENSAR** se **pronunció**: “...[l]a señora ANA JULIA LÓPEZ GÓMEZ, identificada con cedula de ciudadanía 1.193.056.907, a la fecha no presenta registro ni liquidación de pagos con el operador miplanilla.com el cual se encuentra en cabeza da la Caja de Compensación Familiar Compensar. En razón a lo anterior, dentro del caso particular mi representada carece de competencia para pronunciarse en este asunto, como quiera que las pretensiones y circunstancias fácticas de la tutela no le resultan oponibles, por lo cual, solicitamos de cara a mi representada se proceda a archivar el presente caso. En este punto, se reitera que las pretensiones formuladas se circunscriben a servicios de salud, por lo cual, de cara a la vinculación con Caja de Compensación y el operador mi planilla carecen de responsabilidad respecto de las pretensiones de la accionante”.

La **CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO** informó: “...en lo que respecta a las atenciones en salud del paciente en nuestra Red de IPS, me permito informarle a su honorable Despacho lo siguiente: Paciente ANA JULIA LOPEZ GOMEZ ID 1193056907 Especialidad Oncología. Famisanar EPS. Revisada la Historia Clínica en nuestro sistema SAP se encuentra paciente de 33 años de edad con antecedentes patológicos de carcinoma ductal infiltrante de mama derecha. Fue llevada a mastectomía radical derecha + colgajo + vaciamiento axilar derecho y recibió manejo con radioterapia y adyuvancia con quimioterapia protocolo AC completando 4 ciclos. Ha sido asistida interdisciplinariamente en la IPS Colsubsidio, donde se ha brindado manejo médico conforme a lo estimado en las guías de práctica clínica y bajo pertinencia. Actualmente se encuentra en manejo con hormonoterapia con tamoxifeno con adecuada tolerancia y se encuentra con manejo con quimioterapia con esquema TDM1 - Trastuzumab + Emtansine, con muy buena tolerancia guiado por oncología; le fue administrado el ciclo #9, en el momento con indicación de aplicación de ciclo #10. A la fecha, paciente cuenta con las siguientes citas asignadas: 22.03.2024: enfermería oncológica; 26.03.2024: cita de quimioterapia.; 02.05.2024: cita de oncología control”.

En relación con las incapacidades: “...[s]ecundario a las patologías de la paciente, le han sido expedidas incapacidades médicas, las cuales son generadas por los profesionales con base en su criterio médico, diagnóstico y evolución de la paciente y hallazgos en cada valoración, bajo principio de pertinencia médica, siendo la incapacidad más reciente expedida el 05.03.2024 por 30 días. Diagnóstico C509 TUMOR MALIGNO DE LA MAMA. Así las cosas se demuestra que por parte de la IPS Colsubsidio, se ha brindado una atención pertinente, acorde a la patología de la paciente, con el seguimiento y las indicaciones descritas, precisando en referencia a las pretensiones de la tutela, que el pago de incapacidades médicas, así como la calificación de la pérdida de capacidad laboral, son trámites que exceden nuestro alcance como IPS...”

Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES** señaló el régimen de reconocimiento y pago de incapacidades: “...[e]l Ministerio de Salud y Protección Social reglamentó mediante el Decreto 1333 de 2018 el derecho de los afiliados aportantes al régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud, a

percibir el pago de incapacidades por enfermedad general de origen común superiores a 540 días continuos. De acuerdo con el artículo 2.2.3.3.1 del mencionado decreto, las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días en los siguientes casos: 1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico. 2. Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante. 3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prologuen el tiempo de recuperación del paciente. De presentar el afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, las EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541). Ahora bien, si la EPS, en cualquier momento, emite un concepto desfavorable de rehabilitación, se dará inicio al trámite de calificación de invalidez que trata el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012. Por otra parte, el decreto obliga a las EPS a efectuar revisiones periódicas sobre la evolución del paciente en curso de la incapacidad continua; a calificar en forma definitiva la pérdida de la capacidad laboral; y a detectar las situaciones de abuso del derecho, que acarrearán la suspensión del pago de las incapacidades...”.

II. CONSIDERACIONES

De la Acción de Tutela

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció que toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o contra particular frente al cual se encuentre en condiciones de subordinación. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela en consecuencia es viable, cuando un derecho fundamental constitucional se encuentre bajo amenaza o vulneración, situación que deberá ser demostrada o probada, por quien reclama su protección.

Problema Jurídico

En el caso objeto de análisis el problema jurídico consiste en determinar si se ha vulnerado o no a la accionante sus derechos fundamentales al mínimo vital, igualdad y seguridad social, al no reconocer y pagar las incapacidades que la han sido otorgadas superiores al día 180, con ocasión a los quebrantos de salud que padece.

Carga de la prueba

Respecto de este tópico la Corte Constitucional ha mencionado la libertad probatoria en sede de tutela la cual es amplia, sin embargo, ello “(...) no significa

que no exista una carga mínima de la prueba en cabeza de quien alega la vulneración de algún derecho fundamental, ya que las reglas probatorias generales aplican también para la acción de tutela. Es decir, si bien es cierto que basta al juez tener la convicción de la vulneración del derecho constitucional fundamental para ampararlo, también lo es que **debe acreditarse en el expediente la transgresión, para que dicha protección constitucional se pueda obtener**. Para ello el juez dispone, además, de amplios poderes oficiosos, los cuales a su turno también se encuentran limitados por la idoneidad en su utilización. Así, en principio, quien alude un hecho tiene el deber de aportar los medios para convencer a la autoridad judicial de que en efecto ha sucedido o de aportar los elementos necesarios que sugieran razonablemente al juez la utilización idónea de sus poderes oficiosos en la prueba”¹

En línea jurisprudencial, también menciono que, si bien uno de los rasgos característicos de la acción de tutela es la informalidad, dicha Corporación señaló el deber del juez en lo concerniente a: “(...) corroborar los hechos que dan cuenta de la violación de un derecho fundamental, para lo cual ha de ejercer las facultades que le permiten constatar la veracidad de las afirmaciones, cuando sea del caso” para luego acentuar 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.”; en suma, sobre el tema de la carga de la prueba en acción constitucional, acentué el principio **“onus probandi incumbit actori”** que rige la materia, según la el cual la carga de la prueba incumbe al actor. Sin embargo agregó que a: “(...) los jueces de tutela les asiste el deber de decretar y practicar pruebas de oficio cuando de la solicitud de amparo y los informes que alleguen los accionados no obren suficientes elementos de juicio para decidir el asunto sometido a su consideración, por cuanto la labor constitucional encomendada es precisamente la protección efectiva de los derechos fundamentales.”²

Como también, en oportunidad anterior indicé: “(...) **acudir a la acción de tutela bajo la suposición o conjetura de que se vulnerarán derechos fundamentales por actos negativos de la administración, sin darle a ésta siquiera la oportunidad de pronunciarse en ese o en otro sentido. No se puede llegar al absurdo de acudir a la acción de tutela sobre la base de actos que no se han proferido**, esto no solo viola el debido proceso de las entidades públicas, que, valga repetirlo, también lo tienen, sino que, atentaría contra uno de los fines esenciales del Estado, cual es el de asegurar la vigencia de un orden justo. (...) según lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico la vulneración al demandante de un derecho fundamental o, por lo menos, la amenaza seria y actual de su vulneración, circunstancia que en el caso concreto hasta ahora no se ha presentado.”³

Seguridad Social como derecho fundamental

Debe precisarse que el derecho a la seguridad social **“surge como un instrumento a través del cual se le garantiza a las personas el ejercicio de sus derechos subjetivos fundamentales cuando se encuentran ante la materialización**

¹ Sentencia Tutela 187 de 2009.

² Sentencia Tutela 571 de 2015.

³ Sentencia Tutela 066 de 2002.

de algún evento o contingencia que mengüe su estado de salud, calidad de vida y capacidad económica, o que se constituya en un obstáculo para la normal consecución de sus medios mínimos de subsistencia a través del trabajo”

Es así como el artículo 48 de la Constitución Política denota una doble acepción. En primer lugar, como un *“servicio público de carácter obligatorio” el cual su dirección, coordinación y control, estará a cargo del Estado, bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Y, en segundo lugar, como un derecho irrenunciable, garantizado a todos los habitantes del Estado”*.

La Corte Constitucional ha señalado que la seguridad social hace referencia a los medios de protección que brinda el Estado para salvaguardar a las personas y sus familias de las contingencias que afectan la capacidad que estos tienen para generar ingresos suficientes para vivir en condiciones dignas y confrontar circunstancias como la enfermedad, la invalidez o la vejez [26]. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 19 destacó:

La Corte Constitucional ha mencionado que frente al derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener la protección, en particular *“contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo”*.

De las Incapacidades por Enfermedad de Origen Común

Respecto del pago de las incapacidades que se generen por enfermedad de origen común, es preciso empezar por señalar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, el tiempo de duración de la incapacidad es un factor determinante para establecer la denominación en la remuneración que el trabajador percibirá durante ese lapso. Así, cuando se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma se reconocerá el pago de un auxilio económico y cuando se trata del día 181 en adelante se estará frente al pago de un subsidio de incapacidad.

Ahora bien, en lo correspondiente a la obligación del pago de incapacidades la misma se encuentra distribuida de la siguiente manera: i. Entre el día 1 y 2 será el empleador el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013. ii. Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado con ocasión a su estado de salud, es decir, a partir del día 3 hasta el día número 180, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013. iii. Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.

No obstante, existe una excepción a la regla anterior que se concreta en el hecho de que 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.

Así, al determinar la procedencia o no del pago de las incapacidades, desde que se generan en su primer día, posteriores al día 180, y luego aquellas que superaron los 540 días, por lo que conforme lo ha considerado la Corte Constitucional⁴, sobre la base de lo previsto en la Ley 1753 del 2015, el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común tiene actualmente las siguientes fases y encargados:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 181 hasta un plazo de 540 días	Fondo de Pensiones	Artículo 52 de la Ley 962 de 2005
Día 541 en adelante	EPS⁵	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

Así las cosas, 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 expuso en precedencia.

Ahora bien, en cuanto al pago de las incapacidades que superan los 540 días, cabe mencionar que, hasta antes del año 2015, la Corte Constitucional reconocía la existencia de un déficit de protección respecto de las personas que tuvieran concepto favorable de rehabilitación, calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, y siguieran siendo incapacitadas por la misma causa más allá de los 540 días. Al respecto, esta Corporación mediante sentencia T-468 de 2010 advirtió lo siguiente:

“(…) aunque en principio se diría que las garantías proteccionistas del sistema integral de seguridad social son generosas, esta Sala repara en el hecho de que no existe legislación que proteja al trabajador cuando se le han prolongado sucesivamente incapacidades de origen común y que superan los 540 días. Son muchos los casos en que las dolencias o las secuelas que dejan las enfermedades o accidentes de origen común que obligan a las EPS o demás entidades que administran la salud a certificar incapacidades por mucho más tiempo del estipulado en el Sistema Integral de Seguridad Social y que a pesar de las limitaciones físicas la pérdida de la capacidad laboral no alcanza a superar el 50% y por tanto, tampoco nace el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, lo que deja al trabajador en un estado de desamparo y sin los medios económicos para subsistir.” Agregó que “En esta situación, el trabajador está desprotegido por la falta de regulación legal en la materia, ya que no existe claridad de cuál sería la entidad de protección social que debe asumir el pago del auxilio por incapacidad, situación que empeora si el empleador logra demostrar ante el Ministerio de Protección social que en virtud de la incapacidad del trabajador no es posible reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro

⁴ Sentencia T-200 /2017, M.P. José Antonio Cepeda Amarís.
⁵ La EPS podrá perseguir el pago de dichas incapacidades ante la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, según el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

similar, operando de esta manera el despido con justa causa contenido en el artículo 62, numeral 14 del código sustantivo del trabajo”.

Caso Concreto

Como reiteradamente se ha dicho, la existencia de mecanismos judiciales específicamente diseñados por el legislador para resolver las controversias relativas al pago de las acreencias laborales y a la cobertura de las contingencias amparadas por el Sistema General de Seguridad Social Integral (SGSSI), impide, en principio, que las discusiones sobre el reconocimiento y pago de derechos pensionales, salarios, indemnizaciones o incapacidades sean sometidos a consideración del Juez de tutela.

Por tanto, la posibilidad de discutir esos asuntos en sede constitucional ha sido admitida en situaciones excepcionales, en las que exigirle al peticionario el agotamiento de los medios ordinarios de defensa puede resultar excesivo, bien sea porque se trata de un sujeto de especial protección constitucional, o porque por distintas razones tal trámite lo expone a un perjuicio irremediable; de ahí que, la necesidad de asegurar la materialización efectiva de las garantías fundamentales de quienes se ven enfrentados a situaciones que los hacen especialmente vulnerables y la imposibilidad de lograr ese objetivo en las instancias judiciales ordinarias es lo que, en últimas, hace procedente el recurso de amparo.

Descendiendo al sub-judice y analizadas las pruebas allegadas al plenario, observa el Despacho que la accionante pretende la protección de sus derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad social, ordenando a la accionada **COMPENSAR EPS** realizar el pago de incapacidades generadas y posteriores al día 180, teniendo en cuenta que aún persisten sus quebrantos de salud.

Al respecto, es oportuno traer a colación lo precisado por la accionada **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A.**, quien aseguró que no es procedente realizar los pagos alegados por la accionante en razón a que ya fue calificada su pérdida de capacidad laboral, la cual arrojó como concepto desfavorable del 64.68 %. Razón por la que procedió a través de la Compañía de Seguros de Vida Alfa S.A., con la cual tiene contratada su póliza provisional que cubre sus afiliados con el pago de honorarios a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C., y posterior a ello, debido a la calificación que emitió la Junta Regional, pagó los honorarios a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, estando a esperas de lo que determine esta.

Ahora bien, puntualizado lo anterior se tiene que el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, indica que los afiliados del sistema general de seguridad social en salud –SGSSS– tendrán el beneficio de recibir una contraprestación económica a título de incapacidad por enfermedad general por intermedio de las entidades promotoras de salud – EPS, cuyo reconocimiento deberá realizarse una vez un profesional adscrito a la EPS brinde su visto bueno y, siempre y cuando, según las indicaciones del artículo 2.1.13.4 del Decreto único reglamentario del sector salud y protección social 780 de 2016, el afiliado cotizante haya efectuado aportes por lo menos durante cuatro semanas previas a la solicitud de la incapacidad por enfermedad general y si estas no se originan en tratamientos o complicaciones de procedimientos con fines estéticos u otros que se encuentren excluidos del plan de beneficios. Debe precisarse que, de acuerdo con las disposiciones legales que regulan la materia, dependiendo del tiempo de duración de la incapacidad, si se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma,

la remuneración recibida durante ese lapso se denomina “*auxilio económico*”⁶, o si se trata del día 181 en adelante, “*subsidio de incapacidad*”⁷.

Ahora, 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, obligación que ha sido distribuida por el legislador de la siguiente manera: que el pago de incapacidades médicas corresponde al empleador hasta el día 2 y del día 3 al 180 dicho pago es responsabilidad de la EPS. De igual manera, el Decreto Ley 042 de 2012 prescribe que las EPS deben expedir concepto favorable de rehabilitación antes del día 120 de incapacidad y remitirlo a la AFP antes del día 150 puesto que dado el caso que no se expida el concepto en mención las EPS deberán pagar las incapacidades a partir del día 181 y hasta que lo expidan. Por otra parte, si la EPS expidió el concepto, entonces le corresponde al Fondo de Pensiones efectuar el pago de las incapacidades correspondientes al día 181 hasta el día 540. Finalmente, sí las incapacidades persisten luego del día 540, conforme la ley 1753 de 2015 corresponde el pago de éstas a la EPS.

Así pues, conforme el análisis de los informes rendidos y del material probatorio allegado, se establece que la accionante pretende el pago de las incapacidades que surgieron después del día 180 de incapacidad ininterrumpida, a lo cual es menester precisar que, con anterioridad a esta acción constitucional, en orden de tutela del 2 de octubre del año 2023 le fue concedido su amparo constitucional ordenándose a la AFP de la accionante el pago correspondiente del día 181 en adelante, más precisamente las causadas desde el 23 de noviembre del año 2022 hasta el 22 de diciembre del año 2022, y entre el 24 de febrero del año 2023 hasta el 16 de septiembre del año 2023. Lo que permite denotar por un lado que, aun no se han superado los 540 días de incapacidad y, por el otro, que las incapacidades aportadas (ver página 16 y s.s., del archivo 4 del cuaderno digital de tutela), no reconocidas ni pagadas corresponden a las surgidas desde:

No. incapacidad	Día inicial	Día final	Días	Días acumulados	Estado
0001386703	18/09/2023	17/10/2023	30	Inferior a 540 días	pendiente
0001433767	18/10/2023	16/11/2023	30	Inferior a 540 días	pendiente
0001478885	17/11/2023	16/12/2023	30	Inferior a 540 días	pendiente
0001517224	17/12/2023	15/01/2024	30	Inferior a 540 días	pendiente
0002014746	13/01/2024	11/02/2024	30	Inferior a 540 días	pendiente
0002052748	09/02/2024	09/03/2024	30	Inferior a 540 días	pendiente
0002090455	10/03/2024	08/04/2024	30	Inferior a 540 días	pendiente

Al respecto, se tiene que la accionante ya fue calificada su pérdida de capacidad laboral por parte de su EPS, la cual arrojó como concepto desfavorable del 64.68 %. Dictamen recurrido por parte de la AFP la cual, una vez estudiada por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Cundinamarca determinó en dictamen de calificación 1193056907 - 8277 el 25 de agosto de 2023 que su PCL era de 46.91%, como consecuencia de sus patologías de origen común. No obstante, inconforme con tal determinación, la accionante procedió a interponer recurso de apelación, por lo cual se remitió para el trámite a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, quien citó a la promotora el 18 de julio del

⁶ Artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo.

⁷ Artículo 23 del Decreto 2463 de 2001.

año 2024. Así las cosas, nótese que aun el dictamen no se encuentra en firme pues el mismo no ha sido resuelto y menos aún notificado.

Conviene memorar lo señalado por la H. Corte Constitucional, en ST 421 del año 2023, en donde definió unas reglas en materia de incapacidades médicas que fueron recogidas en la Sentencia T-490 de 2015 y reiteradas en la Sentencia T-265 de 2022, así: “ i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar; ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia; iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta”.

“A las incapacidades con una duración de hasta 180 días contados a partir del hecho generador de esta, se les reconoce el pago de un auxilio económico. Ahora bien, a aquellas que superan el día 181 se les aplica la figura del subsidio de incapacidad. Sobre el reconocimiento de incapacidades entre el día 180 y 540, resulta importante dar cuenta de la decisión contenida en la Sentencia C-270 de 2023. En esta sentencia, la Sala Plena estudió la constitucionalidad del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993. Concretamente, el inciso 5° de dicha disposición, que establece que los fondos de pensiones, en los casos en que exista concepto favorable de rehabilitación, están facultados para postergar 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 EPS, evento en el cual el fondo puede reconocer un subsidio equivalente a la incapacidad que veían pagando.

De acuerdo con el Comunicado de Prensa No. 23 del 9 de julio de 2023, la Sala Plena decidió: «[d]eclarar EXEQUIBLE la expresión “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 otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador”, contenida en el inciso quinto del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que respecto de los trabajadores con concepto de rehabilitación desfavorable, la AFP deberá iniciar de inmediato el proceso de calificación de invalidez y asumir el pago del subsidio de incapacidad sin que exceda del día 540 de incapacidad.

Así, la Sala Plena de esta Corporación determinó que el requisito de la existencia de un concepto favorable para el reconocimiento de incapacidades entre el día 181 y 540 es contrario a la Constitución, razón por la cual se debe garantizar el pago de incapacidades tanto al trabajador con concepto favorable como aquel con concepto desfavorable”.

En virtud de lo anterior y, según la jurisprudencia y normativa citada, se colige que, atribuir a las Administradoras de Fondos de Pensiones el pago del subsidio después del día 180 de incapacidad y hasta el día 540, permite que el trabajador con concepto desfavorable no quede desprovisto de un ingreso para subsistir, sumado a

que de esa forma se materializa el derecho a la igualdad a través del reconocimiento de prestaciones económicas a todos los trabajadores, independientemente de si es, o no, favorable su rehabilitación, guardando relación con el derecho de acceso a la seguridad social, el cual asegura a todas las personas el reconocimiento de las prestaciones a que haya lugar, sin ningún tipo de discriminación, siendo este además un derecho irrenunciable y es deber del Estado garantizarlo mediante la protección de contingencias que afectan la salud y calidad de vida, como en este caso, al tratarse de una enfermedad de origen común.

Bajo ese horizonte, en el caso objeto de análisis, el Despacho encuentra que las pretensiones invocadas por la accionante, relacionadas con el pago de las incapacidades adeudadas están llamadas a prosperar, habida cuenta que, se determina la certeza de una vulneración en su derecho fundamental al mínimo vital y móvil ante su estado de salud, razón por la cual se concederá el amparo deprecado.

III. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO 39 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER el amparo constitucional reclamado por la señora **ANA JULIA LOPEZ GÓMEZ** identificada con cedula de ciudadanía No. 1.193.056.907, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A.**, y/o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, proceda a liquidar y pagar a favor de la señora **ANA JULIA LOPEZ GÓMEZ** identificada con cedula de ciudadanía No. 1.193.056.907, las incapacidades superiores al día 180, estas son las surgidas desde el día **18/09/2023 hasta 08/04/2024** ordenadas por el médico tratante, cuyos periodos se encuentran discriminados en la parte considerativa de esta providencia, sin interponer obstáculos administrativos para la promotora constitucional.

TERCERO: Notifíquese la presente decisión a los extremos de la acción en forma personal o por el medio más idóneo o expedito posible. Entréguese copia del presente fallo a las partes.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado Por:

Cristhian Camilo Montoya Cardenas

Juez Municipal
Juzgado Pequeñas Causas
Juzgado 39 Pequeñas Causas Y Competencia Múltiple
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **4b7aaffa85d3e19b3f2f6c2106ff49b78ef66b88d0bb078c74eae39856ea299c**

Documento generado en 01/04/2024 07:15:37 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>