



JUZGADO SEGUNDO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE  
BUCARAMANGA

Bucaramanga, quince (15) de agosto de dos mil veintitrés (2.023)

ACCIÓN DE TUTELA

**RADICADO No. 680014105002-2023-00257-00**

**ACCIONANTE:** TITO JULIAN CELIS NIÑO C.C 1.095.921.861 actuando como agente oficioso de la señora LUZ AMPARO NIÑO HERNANDEZ C.C. 37.825.729

**ACCIONADA:** FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A

**VINCULADAS:** SANITAS EPS y RESTAURANTE MERCAGAN PARRILLA S.A.S

**ASUNTO:** SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1. ASUNTO A DECIDIR

En desarrollo del Art. 86 de la Carta política y de conformidad con el procedimiento consagrado en el Decreto 2591 de 1991, procede el Despacho a resolver lo que en Derecho corresponda respecto a la **Acción de Tutela** instaurada por el señor **TITO JULIAN CELIS NIÑO** identificado con **C.C 1.095.921.861** actuando como agente oficioso de la señora **LUZ AMPARO NIÑO HERNANDEZ** identificada con **C.C. 37.825.729**, en contra de **FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR** y las vinculadas **SANITAS EPS** y **RESTAURANTE MERCAGAN PARRILLA S.A.S**, por considerar vulnerado su derecho fundamental al mínimo vital.

2. HECHOS

Manifestó el agente oficioso que su madre tiene 65 años y se encuentra afiliada a SANITAS EPS en calidad de cotizante.

Que la agenciada cotizó la seguridad social como trabajadora dependiente de la empresa MERCAGAN PARRILLA S.A.S

Que la agenciada actualmente presenta los siguientes diagnósticos:

- a) secuelas por accidente cerebro vascular
- b) paresia del miembro inferior izquierdo
- c) deficiencia por paresia miembro inferior derecho
- d) gastrostomía

Que SANITAS EPS con fecha 19 de septiembre de 2022, emitió concepto de rehabilitación desfavorable.

Que por parte del médico tratante se han generado a favor de la agenciada las siguientes incapacidades:

58231041	11	LIQUIDADA	29/11/2022	11/12/2022	13	193	1000001	1698	0	LIQUIDADA
58247534	11	LIQUIDADA	12/12/2022	12/12/2022	1	194	1000001	1698	0	LIQUIDADA
58247540	11	LIQUIDADA	13/12/2022	11/01/2023	30	224	1000001	1698	0	LIQUIDADA
58290298	11	LIQUIDADA	12/01/2023	10/02/2023	30	254	1000001	1698	0	LIQUIDADA
58412870	11	LIQUIDADA	11/02/2023	11/03/2023	29	283	1000001	1698	0	LIQUIDADA
58438137	11	LIQUIDADA	12/03/2023	8/04/2023	28	311	1000001	1698	0	LIQUIDADA
58690573	11	LIQUIDADA	9/04/2023	8/05/2023	30	341	1000001	1698	0	LIQUIDADA
58690609	11	LIQUIDADA	10/05/2023	8/06/2023	30	371	1000001	1698	0	LIQUIDADA
58701080	11	LIQUIDADA	9/06/2023	08/07/2023	30	401	1000001	1698	0	LIQUIDADA
					221					

Que a partir del día 180 se han generado incapacidades las cuales no han sido canceladas por PORVENIR SA aduciendo que el concepto es desfavorable.

Que la agenciada fue calificada en primera oportunidad con un 97.10% de pérdida de la capacidad laboral.

Que la agenciada se encuentra en estado vegetativo y requiere de una tercera persona para su alimentación y demás actividades.

Que la agenciada desde el día 29 de noviembre de 2022, no recibe ingresos que le permitan suplir el mínimo vital durante el tiempo que ha estado convaleciente.

Que el auxilio por incapacidad es el único ingreso con el que cuenta para garantizar su mínimo vital ya que debido a su enfermedad no puede trabajar y la negativa de PORVENIR SA. en el cumplimiento de este pago erige una vulneración a sus derechos fundamentales.

### 3. PETICIÓN

Tutelar los derechos fundamentales invocados por la parte accionante y en consecuencia ordenar al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, autorizar y cancelar a favor de la señora LUZ AMPARO NIÑO HERNANDEZ, las incapacidades medicas generadas desde el 29/11/2022 hasta el 08/07/2023, y las que se continuaren generando mientras persista su discapacidad hasta el día 540.

#### 4. ACTUACION JUDICIAL

Una vez asumido el trámite se admitió la acción de tutela mediante auto de fecha 01 de agosto de 2023, corriéndose traslado a las accionadas y vinculadas a fin de que dentro de los dos (2) días siguientes al recibo de la respectiva comunicación se pronunciaran al respecto.

Contestación de las accionadas.

**RESTAURANTE MERCAGAN PARRILLA S.A.S**, procedió a dar contestación al requerimiento y en su lugar manifestó que es cierto que la señora LUZ AMPARO NIÑO HERNANDEZ se encuentra afiliada a la EPS SANITAS.

Que es cierto que la empresa RESTAURANTE MERCAGAN PARRILLA S.A.S, paga los aportes a seguridad social de la empleada LUZ AMPARO NIÑO HERNANDEZ.

Que mediante comunicación de fecha 25 de junio de 2023 negó el auxilio de incapacidad a la agenciada argumentando lo siguiente:

*“(...) Por otro lado y en relación al pago de incapacidades se precisa que esta Sociedad Administradora no puede generar pago por concepto de pagos de incapacidades a su favor, pues El reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad después de los 180 días por parte de las entidades administradoras de pensiones no es automático, ni proceden todos los casos, Sino que está supeditado a la concurrencia De las condiciones establecidas en el artículo 23 decreto 2463 de 2001(norma vigente para la fecha de los hechos), esto es I) Que exista concepto favorable de rehabilitación expedido por la EPS ; II) Que la aseguradora que hubiera despedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia otorgue su autorización para el efecto; III) que se trate de riesgo común y IV) que se postergue el trámite de valoración de la pérdida de capacidad laboral del afiliado hasta por 360 días ante las entidades competentes para ello.*

*Así las cosas, en el caso concreto no se cumplieron todos los presupuestos para acceder al subsidio pues hay concepto desfavorable de rehabilitación por lo que no hay lugar al reconocimiento de incapacidad por parte de PORVENIR SA por lo tanto y para su caso lo que procede realizar el proceso de valoración de pérdida de la capacidad laboral. (PCL).*

*Dicha valoración surtió efecto el 30 de mayo del 2023 dando como resultado una PCL superior al 50% al contar ya con una calificación de PCL no es pertinente autorizar pagos de incapacidades temporales ni indemnizaciones, por lo cual ninguna será reconocida posterior a la fecha de estructuración. De esto precisamos que por parte de porvenir no habrá lugar al pago de incapacidad.”*

Indicó que la señora LUZ AMPARO NIÑO HERNANDEZ, se encuentra incapacitada desde el día 2 de abril de 2022. Cumpliéndose los 180 días el día 28 de noviembre de 2022 y que dentro de esos 180 días la EPS rechazo algunas incapacidades y por ende su pago, pero la empresa siempre pago su salario a la empleada.

**FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A**, procedió a dar contestación oportuna al requerimiento y en su lugar solicitó que se declare la improcedencia de la presente acción de tutela, pues la misma es ajena a cualquier vulneración o amenaza de los derechos fundamentales citados por la accionante.

Señaló que en el presente caso existe un concepto de rehabilitación desfavorable, por tanto, no hay derecho al pago de incapacidades por parte de esa administradora, ya que los fondos privados solo reconocen un subsidio equivalente a incapacidades por un término limitado, cuando exista un concepto favorable de rehabilitación.

Por último, indicó que en el caso de la señora LUZ AMPARO NIÑO HERNANDEZ, la Compañía de Seguros de Vida Alfa S.A., determinó que la accionante tiene un porcentaje de Pérdida de Capacidad Laboral del 97.10%, de Origen Común y Fecha de Estructuración el 17 de mayo de 2023 e informó que no ha podido iniciar el trámite de pensión de invalidez por cuanto la accionante o su agente oficioso no ha radicado la solicitud de pensión de invalidez y por ende no ha allegado los documentos imprescindibles para hacer el análisis de cumplimiento de requisitos.

**SANITAS EPS**, allegó contestación oportuna al requerimiento y en su lugar indicó: *“Frente a los hechos y pretensiones de tutela y ejerciendo el derecho a la defensa, una vez consultada nuestra área de medicina laboral, indicó que frente a la señora LUZ AMAPARO NIÑO HERNANDEZ se cuenta con lo siguiente:*

*“ LUZ AMPARO NIÑO HERNANDEZ, CC 37825729 Dando respuesta al requerimiento nos permitimos informar que en el área de medicina laboral se cuenta con registros así: 1. No registra reportes de accidente de trabajo. No tiene reporte de enfermedad laboral 2. Tiene concepto de rehabilitación desfavorable del 19 de septiembre de 2022 para calificación de la pérdida de la capacidad laboral por patologías de origen común. (Favor solicitar al área encargada)*

*3. No tiene nada pendiente con esta área de la EPS*

*4. No tiene solicitudes con relación a las pretensiones de la acción de tutela a nombre del afiliado.”*

Manifestó que: *“Las incapacidades posteriores al día 181 en adelante, deben ser asumidas por AFP administradora de Fondos de Pensiones (AFP) cumpliendo de esta manera con el periodo máximo de obligatoriedad de reconocimiento de prestaciones económicas por parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud como lo establece el Decreto Ley 019 de 2012, que por ser pertinente nos permitimos transcribir:*

*“Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación, la Administradora de Fondos de Pensiones con la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, podrá postergar el trámite de calificación ante las Juntas 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 otorgada por la Entidad Promotora de Salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador...”*

Señaló que: *“La responsabilidad del pago de las incapacidades por enfermedad común superiores a ciento ochenta (180) días, corresponde a los Fondos de Pensiones haya, o no, concepto favorable de recuperación. No es cierto que el pago de incapacidades es incompatible con la existencia de un concepto de rehabilitación desfavorable. Frente a este punto las reglas legales y jurisprudenciales son claras: el concepto médico solo es una determinación sobre las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre la recuperación de su capacidad laboral. Por ende, aunque este sea negativo, a la administradora de pensiones tiene el deber de pagar el subsidio de incapacidad hasta el día 540.”*

Informó que: *“las incapacidades que se han seguido generando posterior al día 180 se han tramitado por parte de la EPS Sanitas S.A.S., con cargo al fondo de pensiones.”*

Por último, solicitó que se declare improcedente la presente acción de tutela, toda vez que no se evidencia vulneración alguna de derechos fundamentales al usuario y por el contrario ha actuado de acuerdo con la normatividad vigente.

## 5. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

### DE LA LEGITIMACIÓN EN LA ACCIÓN DE TUTELA

Uno de los requisitos para analizar de fondo la procedibilidad de la acción de Tutela corresponde a la legitimación tanto por la parte accionante para interponer la acción que es equivalente a la legitimación por activa, la legitimación de la parte accionada para asumir el conocimiento de la situación que se suscita por la parte actora o legitimación por pasiva, como la legitimación del juez para conocer de las presentes diligencias.

**De la legitimación del Juez de conocimiento para asumir el conocimiento de las diligencias.**

La acción de tutela se estableció en el artículo 86 de la actual Constitución Política de 1991, como el medio más expedito y rápido para hacer cesar las acciones u omisiones que vulneran o amenazan un derecho fundamental; pero, se presenta como un instrumento de naturaleza subsidiaria y residual, es decir, sólo procede en ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa, con la finalidad de otorgar protección inmediata a los derechos constitucionales fundamentales, cuando sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de la autoridad pública o de los particulares.

En este evento la queja va dirigida contra el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y **SANITAS EPS** y frente al artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 y Artículo

1 Decreto 1983 de 2017, se advierte claramente que es procedente esta acción contra estas entidades, siendo este Despacho competente para resolverla, teniendo en cuenta el domicilio de la accionante y el lugar donde está ocurriendo la vulneración de los derechos de los cuales se invoca su protección.

#### **De la legitimación por activa.**

En el presente caso concurre el señor **TITO JULIAN CELIS NIÑO** identificado con **C.C 1.095.921.861** actuando como agente oficioso de la señora **LUZ AMPARO NIÑO HERNANDEZ** identificada con **C.C. 37.825.729**, para solicitar la defensa de su derecho fundamental al mínimo vital.

Sobre el tema, la jurisprudencia constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diferentes oportunidades, concluyendo que la legitimación en la causa por activa es un presupuesto esencial de la procedencia de la acción de tutela dentro de un caso concreto, puesto que al juez le corresponde verificar de manera precisa quién es el titular del derecho fundamental que está siendo vulnerado y cuál es el medio a través de cual acude al amparo constitucional.

De acuerdo a lo anterior, se deja en evidencia que el señor **TITO JULIAN CELIS NIÑO** se encuentra legitimada en razón al deteriorado estado de salud de la agenciada, el cual le impide ejercer directamente la acción de tutela.

#### **De la legitimación por pasiva.**

La parte pasiva en el presente tramite se encuentra conformada por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y SANITAS EPS, de manera tal que al estar o haber estado involucradas estas entidades en el caso que nos ocupa, se encuentran legitimadas por pasiva para conocer de la presente acción de Tutela, en aras de determinar si le asiste responsabilidad a alguna de las accionadas respecto de los derechos fundamentales de los cuales invoca su protección la parte actora.

#### **DE LA INMEDIATEZ EN LA ACCIÓN DE TUTELA**

En Sentencia T-246 de 2015 Magistrado Ponente: MARTHA VICTORIA SACHICA MÉNDEZ se analiza el criterio de inmediatez en la acción de tutela determinando lo siguiente:

*La Sentencia SU-961 de 1999<sup>3</sup> dio origen al principio de la inmediatez, no sin antes reiterar, como regla general, que la posibilidad de interponer la acción de tutela en cualquier tiempo significa que esta no tiene un término de caducidad. La consecuencia de ello es que el juez constitucional, en principio, no puede rechazarla con fundamento en el paso del tiempo y tiene la obligación de entrar a estudiar el asunto de fondo...*

*A partir de estas consideraciones, la Sala Plena infirió tres reglas centrales en el análisis de la inmediatez. En primer término, la inmediatez es un principio orientado a la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros, y no una regla o término de caducidad, posibilidad opuesta a la literalidad del artículo 86 de la Constitución. En segundo lugar, la satisfacción del requisito debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y en atención a las circunstancias de cada caso concreto<sup>4</sup>. Finalmente, esa razonabilidad se relaciona con la finalidad de la acción, que supone a su vez la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental.*

*(...)*

*Empero, la acción de tutela sería procedente cuando fuere promovida transcurrido un extenso espacio entre el hecho que generó la vulneración, siempre que: i) exista un motivo válido para la inactividad de los accionantes, por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros; ii) la inactividad injustificada vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; iii) exista un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados; o iv) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual<sup>5</sup>.*

*En ese orden de ideas, de acuerdo con las reglas fijadas por la jurisprudencia constitucional y las interpretaciones garantistas efectuadas sobre este principio, no se desprende la imposición de un plazo terminante para la procedencia del amparo, sino uno razonable y prudente que debe ser verificado por el juez, de acuerdo a las circunstancias fácticas y jurídicas que rodean cada caso en concreto, máxime si el establecimiento de un plazo perentorio para interponer la acción de tutela implicaría el restablecimiento de la caducidad, con efectos contraproducentes sobre principios que inspiran la filosofía de la Constitución de 1991, tales como: i) el acceso a la administración de justicia; ii) la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal; iii) la autonomía e independencia judicial; iv) la primacía de los derechos de la persona y; v) la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales.*

*(...)*

*Del anterior recuento jurisprudencial, la Sala Octava concluye que no existe un término establecido como regla general para interponer la acción de tutela, ni siquiera cuando se trate de tutelas contra providencias judiciales. Así, el requisito de la inmediatez deberá ser abordado desde la discrecionalidad y autonomía judicial, con el fin de que cada juez evalúe si la solicitud fue presentada dentro de un plazo razonable y proporcional, toda vez que, “...en algunos casos, **seis (6) meses** podrían resultar suficientes para declarar la tutela improcedente; pero, en otros eventos, un término de **2 años** se podría considerar razonable para ejercer la acción de tutela, ya que todo dependerá de las particularidades del caso”<sup>6</sup>.*

Pretende la parte actora por esta vía, el reconocimiento y pago de incapacidades a su favor, quedando claro para este fallador que se cumple con el criterio de inmediatez al estar vigentes las razones por las cuales el accionante invoca la protección de los derechos fundamentales de la agenciada y la necesidad de una pronta solución.

## DE LA SUBSIDIARIEDAD EN LA ACCION DE TUTELA

La acción de tutela, como mecanismo de amparo de los derechos fundamentales no es procedente por regla general cuando existen otros medios de defensa judiciales para reclamar su protección, no obstante, el artículo 86 de la Constitución establece que esta deberá ser revisada por el juez de tutela cuando a pesar de existir otros procedimientos en la vía ordinaria se busque evitar la consumación de un perjuicio irremediable, lo cual es desarrollado en el numeral 1o del artículo 6 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

En este orden de ideas, corresponde a este Despacho revisar cuáles son los mecanismos de defensa judiciales existentes en el ordenamiento de jurídico para solicitar el pago de incapacidades laborales, así como la idoneidad y eficacia de los mismos cuando el accionante se encuentra en una situación de debilidad manifiesta.

El numeral 4 del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social establece que le corresponde a la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social, conocer de *"Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan"*. Por lo anterior, las reclamaciones relativas al reconocimiento y pago de incapacidades que puedan presentarse entre un afiliado y las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o su empleador, en principio, no podrían ser ventiladas por vía de tutela.

Sin embargo, estos pagos se constituyen en el medio de subsistencia de la persona que como consecuencia de una afectación en su estado de salud ha visto reducida la capacidad de procurarse por sus propios medios los recursos para su subsistencia y la de su familia, tal como se refirió en la Sentencia T-761 de 2006:

*"El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. Entonces, no solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia"*.

Lo anterior en atención a que la persona que se encuentra incapacitada carece de las condiciones para prestar la labor correspondiente, por lo que sería impreciso hablar de una remuneración respecto de aquellos pagos que sustituyen al salario en el tiempo durante el cual la persona no puede prestar sus servicios, constituyéndose el reconocimiento y pago de las incapacidades en el medio para garantizar su sustento y el de su familia.

De lo anterior claramente se identifica que en aquellos casos en que se incurre en una vulneración de garantías fundamentales por el no pago de incapacidades, la acción de tutela se erige como el mecanismo idóneo para la protección de derechos fundamentales como el mínimo vital y la salud, máxime al tener en cuenta que el peticionario se ve desprovisto de un ingreso mensual y por las entidades correspondientes se niega el reconocimiento y pago de las incapacidades a que haya lugar.

Lo anterior, aun cuando el conocimiento de las reclamaciones concernientes a las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social Integral corresponda, en principio, a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social.

Al respecto la Corte en sentencia T 920 de 2009. Refirió:

*"Así las cosas, esta Corporación ha procedido a ordenar el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por vía de tutela, cuando se comprueba la afectación del derecho al mínimo vital del trabajador, en la medida en que dicha prestación constituya la única fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades personales y familiares, ello sobre la base de que los mecanismos ordinarios instituidos para el efecto, no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza".*

A su vez en sentencia T 468 de 2010 se aludió sobre la posibilidad de ocurrencia de un perjuicio irremediable derivado de la falta de pago de las incapacidades laborales:

*"Es así, como a pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar las acreencias laborales, entre ellas las incapacidades, esta Corporación ha reiterado, que cuando no se pagan oportunamente las incapacidades debidamente certificadas al trabajador y con ello se vulneran de paso derechos constitucionales, el juez de tutela se legitima para pronunciarse sobre el fondo del asunto con el fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el asalariado y su núcleo familiar."*

Sobre la posibilidad de afectación del mínimo vital de las personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta por su precario estado de salud, la Corte indicó:

*"Cuando quiera que no se paguen las incapacidades laborales de manera oportuna y completa, se afecta el mínimo vital del trabajador y el de su familia, razón por lo cual la acción de tutela es procedente, la Corte ha sostenido que al determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela en aquellos eventos en donde se comprueba la existencia de personas en circunstancias de debilidad manifiesta, por su avanzada edad, por su mal estado de salud, por la carencia de ingreso económico alguno, por su condición de madre cabeza de familia con hijos menores de edad y/o por su situación de desplazamiento forzado, entre otras; que dependen económicamente de la prestación reclamada y que carecen de capacidad económica para garantizarse su propia subsistencia, se exige del juez un análisis de la situación particular del actor, con el fin de determinar si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales y si se está frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional. Así mismo, es importante resaltar que los requisitos para la procedencia de la acción de tutela en tratándose del pago de acreencias laborales -como son las incapacidades laborales-, deben ser analizados con mayor flexibilidad, en atención a que los peticionarios son sujetos de especial protección constitucional."*

Esta posición fue recogida en la Sentencia T-097 de 2015 en donde se hizo énfasis en la idea de que, en el caso de las incapacidades laborales, se deben analizar las circunstancias concretas de cada caso para verificar si existe la posibilidad de consumación de un perjuicio irremediable:

*"Para terminar, la simple declaratoria de improcedencia de la acción, sin un análisis de los elementos tácticos y probatorios de cada caso en particular, traería consigo la posibilidad de que se deje librada al azar la ocurrencia de un perjuicio irremediable y la vulneración de derechos fundamentales de cualquier individuo."*

De esta manera se concluye que si bien existen mecanismos de defensa judiciales en la vía ordinaria para ventilar las reclamaciones por prestaciones económicas garantizadas por el Sistema de Seguridad Integral, cuando estas versen sobre incapacidades laborales, le corresponde al juez de tutela verificar las circunstancias concretas del accionante en cuanto al hecho de que estas sean su única fuente de ingreso.

## EN CUANTO AL PAGO DE INCAPACIDADES SUPERIORES A 180 DÍAS – CONCEPTO DESFAVORABLE DE LA EPS

Inicialmente debe relievase la función crucial que cumple el subsidio de incapacidad, el cual refulge como mecanismo sustitutivo del salario cuando el trabajador se ve obligado a suspender temporalmente sus actividades laborales por razones de salud y, en esa medida, se ve desprovisto del único ingreso con que cuenta para subsistir dignamente.

Así mismo, cuando el concepto de rehabilitación no sea favorable, la Administradora del Fondo de Pensiones debe remitir al afiliado a la junta de calificación de invalidez, para que califique la pérdida de su capacidad laboral y, de acuerdo con el porcentaje de pérdida, determine si se le debe reconocer la pensión de invalidez o reintegrarlo a su cargo o, en caso dado, reubicarlo en uno acorde con su situación de incapacidad, así como pagarle el subsidio de incapacidad mientras ello sucede.

En el anterior orden de ideas, deben atenderse lineamientos expuestos por el Legislador, respecto de la entidad a la cual corresponde el pago de las incapacidades de sus afiliados. En ese sentido, al artículo 1o del Decreto 2943 de 2013 dispone que:

*"Parágrafo 1°. En 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.*

*En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral."*

De la misma manera, el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 deja claro lo correspondiente a la incapacidad laboral comprendida entre los días 3 y 180, así como expone las reglas para determinar a quién corresponde tal obligación a partir del día 181 hasta el día 540, de la siguiente manera:

*"Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta*

*(180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador."*

A pesar de que la anterior determinación legislativa es clara al señalar que el pago de incapacidades por enfermedad de origen común debe darse si se cumple con la condición de un concepto favorable de rehabilitación, la Jurisprudencia nacional ha puesto en duda tal aseveración, en el entendido de amparar al trabajador que a pesar de recibir un concepto de rehabilitación desfavorable, debe percibir el pago de las incapacidades por parte de la EPS o la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual esté vinculado, con el fin de evitar un detrimento de su derecho al mínimo vital, tras considerar que el pago de dichas incapacidades es el único sustituto de la prestación salarial que venía recibiendo el trabajador, de manera previa a la ocurrencia la enfermedad de origen común, para el presente caso que nos convoca.

Al respecto, al resolver la impugnación de un caso similar la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP8372 de 8 de junio de 2017, radicación 92083, señaló que al margen de que el concepto de rehabilitación, es decir, sea favorable o no, las incapacidades causadas después del día 180, deben ser pagadas por la administradora de pensiones a la cual se encuentra afiliado el paciente, al advertir:

*"Por su parte, Protección S.A. reconoció que tiene conocimiento del estado de salud de la accionante, sin embargo, refirió que no le corresponde pagar las incapacidades superiores al día 180 a favor debido a que el concepto de rehabilitación remitido por la EPS fue desfavorable.*

*"No obstante, contrario a lo señalado por a la AFP, la Corte Constitucional ha indicado que tales incapacidades deben ser asumidas por dicho fondo sin que para ello se deba tener en cuenta el tipo de concepto (favorable o desfavorable) de recuperación. Al respecto, en sentencia CC T-144/16, indicó:*

*(...) Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable.*

*Es necesario hacer hincapié 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. Asegura que el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador.*

*La forma condicionante en que el artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012, hace alusión a dicho concepto, lleva a pensar que se orienta al equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del sistema. **Da un mamen de espera y rehúsa tener por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio económico por incapacidad, y que se fijaron a cargo de las AFP.***

*Bajo 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. (Subrayas y negrillas fuera de texto original).*

*Así las cosas, razón le asistió al Tribunal Superior de Cali, cuando indicó que aunque el concepto de la EPS sea desfavorable, lo cierto es que el Fondo de Pensiones (en este caso Protección S.A.), está en la obligación de por un lado, calificar el grado de invalidez del paciente y, de otro, cancelar el auxilio económico por incapacidad del trabajador.”*

Así también, en otra oportunidad la Honorable Corte Constitucional, en sentencia del 5 de febrero de 2018, se encargó de retomar lo correspondiente al tema analizado, relievándose que:

*“El procedimiento y la competencia para el pago de dichas incapacidades que sobrepasan los 180 días, en lo relacionado con la calificación de invalidez, esta Corporación en la sentencia T-401 de 2017 recapituló las reglas para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por enfermedad común, desde el día 1 hasta el día 540, así:*

*“(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".*

*En efecto, de conformidad con el citado proveído, el subsidio de incapacidad por enfermedad de origen común que sobrepasen los 180 días iniciales, deben ser cancelados por la respectiva Administradora de Fondo de Pensiones, excepto si la EPS incumple con la obligación de emisión del concepto de rehabilitación en los términos atrás indicados. En esos casos la EPS asumirá dicho pago hasta tanto sea emitido el mencionado concepto."*

Por su parte, una sentencia del 26 de junio de 2018 proferida por la misma Corporación, reafirma lo anteriormente dicho, al manifestar que:

*"En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181. Al respecto, si bien en principio eran objeto de debate, en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, esta Corporación ha sido enfática en afirmar que el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación*

*(...) si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS, es desfavorable, la primera deberá proceder de manera inmediata a calificar la pérdida de capacidad del afiliado, toda vez que la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. En todo caso, los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, están a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, **siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado.**"*

## 6. CASO EN CONCRETO

En el presente caso, el señor **TITO JULIAN CELIS NIÑO** identificado con **C.C 1.095.921.861**, actuando como agente oficioso de la señora **LUZ AMPARO NIÑO HERNANDEZ** identificada con **C.C. 37.825.729**, presentó acción de tutela contra el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR** por considerar que la negativa de dicha entidad a reconocer y pagar las incapacidades laborales generadas desde el 29/11/2022 hasta el 08/07/2023, ordenadas por SANITAS EPS, vulnera los derechos fundamentales de la agenciada.

Como soporte de sus peticiones allegó junto al escrito de tutela, copia de las incapacidades generadas desde el 29/11/2022 hasta el 08/07/2023, copia del concepto rehabilitación emitido por parte de SANITAS EPS el 19 de septiembre de 2022, constancia de remisión de dicho concepto a PORVENIR S.A y formulario de pérdida de capacidad laboral expedido por seguros Alfa S.A.

La entidad accionada FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A allegó pronunciamiento frente a la presente acción de tutela indicando que en el presente caso existe un concepto de rehabilitación desfavorable, por tanto, no hay derecho al pago de incapacidades por parte de esa administradora, ya que los fondos privados solo reconocen un subsidio equivalente a incapacidades por un término limitado, cuando exista un concepto favorable de rehabilitación.

Por su parte, SANITAS EPS describió traslado a la presente acción de tutela manifestando que la responsabilidad del pago de las incapacidades por enfermedad común superiores a ciento ochenta (180) días, corresponde a los Fondos de Pensiones haya, o no, concepto favorable de recuperación. Además, indicó que no es cierto que el pago de incapacidades sea incompatible con la existencia de un concepto de rehabilitación desfavorable, ya que el concepto médico solo es una determinación sobre las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre la recuperación de su capacidad laboral. Por ende, aunque este sea negativo, la administradora de pensiones tiene el deber de pagar el subsidio de incapacidad hasta el día 540.

Siendo así, una vez revisado en detalle el expediente, que si bien es cierto la entidad accionada FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A acude a la carencia de concepto favorable de rehabilitación para negarse al reconocimiento y pago de incapacidades, acudiendo para tal fin a lo preceptuado en el artículo 142 de la Ley 019 de 2012, a juicio de este Despacho se evade la interpretación gestada por la Honorable Corte Constitucional, en donde se han erigido una serie argumentaciones dispuestas a proteger las prerrogativas mínimas de quienes por motivos de salud se han visto obligados a dejar sus puestos de trabajo.

En punto de lo anterior, es del caso señalar que el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, prevé que en los casos en que *"exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el*

*trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud", y que en esos eventos "la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador".*

Lo anterior, de inicio impondría una interpretación según la cual, una vez remitido en término por la EPS el concepto favorable de rehabilitación, las incapacidades causadas después del día 180, deben ser pagadas al trabajador por la Administradora de Pensiones hasta tanto se califique la pérdida de su capacidad laboral con el fin de determinar si mejoró la patología que imposibilitaba su desempeño o, si por el contrario, su condición impide reincorporarse a sus tareas habituales, siendo procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Sin embargo, de acuerdo a la interpretación realizada por la H. Corte Constitucional en sentencia T-144/16, el concepto de rehabilitación, sea favorable o no, impone a la Administradora del Fondo de Pensiones la remisión del afiliado a la junta de calificación de invalidez, ello con el fin de que sea calificada la pérdida de su capacidad laboral y, de acuerdo con el porcentaje de pérdida, determine si se le debe reconocer la pensión de invalidez o reintegrarlo a su cargo, o reubicarlo en uno acorde con su situación de incapacidad, así como pagarle el subsidio de incapacidad mientras ello sucede.

Implica lo dicho que el concepto sobre rehabilitación ha sido impuesto e interpretado como una condición que permite la ampliación del término de las incapacidades, pasados los primeros 180 días, por 360 días más, ello con el fin de que el paciente o afiliado pueda recuperarse con la plena convicción de que se encuentra amparado por un sistema de seguridad social que le garantiza un ingreso económico, interpretación pregonada y acogida ampliamente por la H. Corte Suprema de Justicia<sup>9</sup>, en donde claramente se ha señalado que *"la Corte Constitucional ha indicado que tales incapacidades deben ser asumidas por dicho fondo sin que para ello se deba tener en cuenta el tipo de concepto (favorable o desfavorable) de recuperación. Al respecto, en sentencia CCT-144/16, indicó: (...) Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable."*

En el caso bajo estudio queda comprobado para el Despacho que en el presente caso existe un concepto de rehabilitación emitido por parte de SANITAS EPS y que el mismo fue remitido al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A dentro del término estipulado por Ley.

Por otra parte, es claro para este Juzgador que el hecho de haberse remitido por parte de la EPS un concepto de rehabilitación desfavorable a la agenciada no es óbice para que el fondo de pensiones tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las incapacidades generadas entre el día 181 al día 540, toda vez que Según la jurisprudencia transcrita cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación también procede el pago de las mencionadas incapacidades.

De conformidad con la normativa referida, el antecedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y las pruebas documentales allegadas, se concluye entonces que no es dable a al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A excusarse en un concepto desfavorable para negar a la accionante el pago de los subsidios de incapacidad que por competencia le corresponden, pues las incapacidades justamente se estructuran como la forma de salvaguardar las garantías de quien por una situación de salud ha perdido o se ha visto limitada su capacidad laboral.

En ese orden de ideas, existen suficientes elementos de juicio para considerar que a la agenciada le fue vulnerado su derecho fundamental al mínimo vital por cuenta del FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, razón por la cual se tutelarán los derechos fundamentales conculcados y se ordenará a la accionada FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, que proceda dentro de los dos (02) días siguientes al recibido de la comunicación de este proveído, a cancelar a favor de la señora LUZ AMPARO NIÑO HERNANDEZ las incapacidades otorgadas por parte de SANITAS EPS, que se hayan generado desde el 29/11/2022 hasta el 08/07/2023, relacionadas a continuación:

58231041	11	LIQUIDADA	29/11/2022	11/12/2022	13	193	1000001	1698
58247534	11	LIQUIDADA	12/12/2022	12/12/2022	1	194	1000001	1698
58247540	11	LIQUIDADA	13/12/2022	11/01/2023	30	224	1000001	1698
58290298	11	LIQUIDADA	12/01/2023	10/02/2023	30	254	1000001	1698
58412870	11	LIQUIDADA	11/02/2023	11/03/2023	29	283	1000001	1698
58438137	11	LIQUIDADA	12/03/2023	8/04/2023	28	311	1000001	1698
58690573	11	LIQUIDADA	9/04/2023	8/05/2023	30	341	1000001	1698
58690609	11	LIQUIDADA	10/05/2023	8/06/2023	30	371	1000001	1698
58701080	11	LIQUIDADA	9/06/2023	08/07/2023	30	401	1000001	1698

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DE PEQUEÑAS CAUSAS DE BUCARAMANGA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

### RESUELVE

**PRIMERO.** -CONCEDER el amparo constitucional de la tutela, por el derecho fundamental al MÍNIMO VITAL de la agenciada LUZ AMPARO NIÑO HERNANDEZ identificada con C.C. 37.825.729, quien actúa a través de agente oficioso, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

**SEGUNDO.** ORDENAR a la accionada FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, que proceda dentro de los dos (02) días siguientes al recibido de la comunicación de este proveído, a cancelar a favor de la señora LUZ AMPARO NIÑO HERNANDEZ las incapacidades otorgadas por parte de SANITAS EPS, que se hayan generado desde el 29/11/2022 hasta el 08/07/2023, relacionadas a continuación:

58231041	11	LIQUIDADA	29/11/2022	11/12/2022	13	193	1000001	1698
58247534	11	LIQUIDADA	12/12/2022	12/12/2022	1	194	1000001	1698
58247540	11	LIQUIDADA	13/12/2022	11/01/2023	30	224	1000001	1698
58290298	11	LIQUIDADA	12/01/2023	10/02/2023	30	254	1000001	1698
58412870	11	LIQUIDADA	11/02/2023	11/03/2023	29	283	1000001	1698
58438137	11	LIQUIDADA	12/03/2023	8/04/2023	28	311	1000001	1698
58690573	11	LIQUIDADA	9/04/2023	8/05/2023	30	341	1000001	1698
58690609	11	LIQUIDADA	10/05/2023	8/06/2023	30	371	1000001	1698
58701080	11	LIQUIDADA	9/06/2023	08/07/2023	30	401	1000001	1698

**TERCERO:** NOTIFICAR esta providencia al tutelante en forma personal y en su defecto a más tardar el día siguiente mediante oficio; y al ente accionado a más tardar al día siguiente mediante oficio.

**CUARTO:** En firme esta providencia, y si no es impugnada, envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

El Juez,

**CRISTIAN ALEXANDER GARZÓN DÍAZ**

Firmado Por:  
**Cristian Alexander Garzon Diaz**  
**Juez**  
**Juzgado Pequeñas Causas**  
**Laborales 02**  
**Bucaramanga - Santander**

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: **41e6f556b64d750a049e82e919e570fcc94186dc65c6d5534dd3feb5ca3e9b05**

Documento generado en 15/08/2023 05:50:19 PM

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