

Referencia	Acción de Tutela
Accionante:	Dwight Faunier Maldonado Moreno.
Accionado:	Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A
Vinculados	Tecnisec De Colombia Ltda. - Agencia Armenia, – E.P.S Suramericana S.A.
Radicación:	63-001-41-05-001-2024-10034-00
Tema	Procedencia de la acción de tutela para el pago de incapacidades.

Armenia, veintinueve (29) de Febrero de dos mil
veinticuatro (2024)

SENTENCIA DE TUTELA

Decide el despacho en primera instancia la acción de tutela promovida por **Dwight Faunier Maldonado Moreno**, en contra de **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A** tramite al que fueron vinculadas **E.P.S Suramericana S.A.**, y **Tecnisec De Colombia Ltda - Agencia Armenia**

I. ANTECEDENTES

Dwight Faunier Maldonado Moreno, actuando en nombre propio promovió la acción constitucional con el propósito que se le amparen sus derechos fundamentales «*al minimo vital, salud dignidad humana y seguridad social*», el cual presuntamente fue ransgredido por las entidades accionadas al no reconocer el pago de incapacidades.

Como fundamento de la acción manifestó que el 21 de julio de 2023 sufrió un accidente de transito mientras se movilizaba en moto, dijo que fruto del accidente se fracturó sus miembros

superiores; agregó que la EPS le reconoció y pagó las incapacidades generadas hasta el día 180; que posteriormente a eso emitió un concepto medico de rehabilitación con pronóstico favorable, la cual fue remitida a Protección el 26 de Enero de 2024; refirió que su médico tratante le expidió una serie de incapacidades desde el 5 de febrero de 2024 hasta el 6 de marzo de 2024, para un total de 45 días, pero el fondo de pensiones no ha realizado el pago de las mismas.

Agregó que el 3 de febrero de 2024 radicó un derecho de petición ante la AFP, solicitando el pago de las incapacidades; dijo que el 12 de febrero de 2024 el fondo de pensiones le manifestó que no ha reconocido los auxilios referidos porque la EPS no le ha remitido el concepto medico de rehabilitación. Dijo que el no pago de las incapacidades generan un atentado a su dignidad humana y al mínimo vital.

En respuesta **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.**, manifestó que desconoce las patologías del accionante dado que a la fecha en que se le fue notificada la tutela la **E.P.S Suramericana S.A.**, no ha remitido el concepto de rehabilitación. En ese sentido manifestó que de conformidad con el artículo 142 del decreto 019 de 2012, debe la EPS seguir asumiendo el pago de los auxilios de incapacidad. En consecuencia, solicitó que se denieguen las pretensiones del accionante dado que la AFP no ha conculcado los derechos fundamentales del accionante.

Por su parte **E.P.S Suramericana S.A.** relacionó los auxilios de incapacidad que le ha reconocido al accionante desde el 21 de julio de 2023, precisando que a la fecha acumula 225 días continuos de incapacidad; agregó que el pago de los primeros 180 días se hizo a través del empleador TECNISEC DE

COLOMBIA LTDA por medio de transferencia a la cuenta No. 06900001705 del Bancolombia; ello en cumplimiento del Artículo 121 Decreto 019 de 2012 y el Artículo 2.2.3.1 Decreto 780 de 2016. Explicó que no es posible hacer el reconocimiento y pago de las incapacidades generadas después del día 180 porque éstas le corresponden a la AFP. En consecuencia, solicitó que se declare la improcedencia de la acción de tutela en vista que no se ha conculcado los derechos fundamentales del actor.

Finalmente, **Tecnisec De Colombia Ltda - Agencia Armenia** no contestó la tutela a pesar de haber sido debidamente notificado de la acción de tutela.

Para resolver basten las siguientes,

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Aspectos generales de la acción de tutela

Al tenor del **artículo 86 de la C.P**, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario de defensa judicial de derechos fundamentales cuando quiera que éstos estén vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o privada en los casos previstos en la ley; además y de conformidad con lo previsto en los artículos 1, 5, 6, 8, 10 y 42 del Decreto 2591 de 1991, para efectos de determinar la procedencia de la acción de tutela debe acreditarse los requisitos de legitimación en la causa (activa y pasiva); la inmediatez; y la subsidiariedad.

En lo referente a la **legitimación en la causa por activa**, el artículo 86 de la constitución política en concordancia con el

artículo 10 del decreto 2591 de 1991, ésta se configura: i) a partir del ejercicio directo de la acción ii) de la representación legal, -como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas-, iii) a través de apoderado judicial -caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo-; iv) o por medio de agente oficioso. No obstante, esta última figura no procede directamente, pues es necesario que el agente oficioso afirme que actúa como tal y además demuestre que el agenciado no se encuentra posibilitado para promover su propia defensa. (C.C. T-054 de 2014).

Respecto de la **legitimación por pasiva**, de la lectura de los artículos 5, 13 y 42 del decreto 2591 se establece que la acción de tutela se puede promover contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, y de los particulares, en este último caso siempre que estén encargados de la prestación de un servicio público, o, respecto de quienes el solicitante se halle en situación de subordinación e indefensión.

En lo que comporta a la **inmediatez**, la finalidad de la acción de tutela es garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; en ese orden si bien la acción de tutela se puede formularse en cualquier tiempo, su interposición debe darse en un tiempo razonable, oportuno y justo. Sin embargo, la Corte Constitucional ha indicado que el requisito no es exigible de forma estricta cuando se demuestra que la vulneración cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez sea muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor

derivada del irrespeto por sus derechos continúa y es actual.
(CC T-194/21)

Finalmente y en lo que atañe a la **subsidiariedad** el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario, por lo que solo procede cuando quiera que el afectado no tenga otro medio de defensa judicial; también cuando existiendo el mecanismo i) se ejerza la acción como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o ii) éste resulte ineficaz, caso en el que la tutela se convierte en un mecanismo de protección definitivo **(CC T-177 de 2013)**.

La valoración del perjuicio irremediable implica la concurrencia de varios elementos esenciales a saber, i) que sea cierto, es decir que existan fundamentos empíricos acerca de su probable ocurrencia, ii) debe ser inminente, esto es que esté próximo a suceder, y iii) que su prevención o mitigación sea urgente para evitar la consumación de un daño. (CC-T 554/19)

2. Procedencia de la Acción de Tutela para el pago de incapacidades.

En aquellos eventos en los que se exige el pago de incapacidades ora la licencia de paternidad o maternidad, ha destacado la jurisprudencia constitucional que por regla general la acción de tutela es improcedente el reconocimiento y pago de derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral. Lo anterior en razón a que aquellos derechos son protegidos en el ordenamiento jurídico colombiano a través de la justicia ordinaria. No obstante, ha destacado que de forma excepcional ha admitido su procedencia cuando la falta de pago de la licencia de maternidad o paternidad afecte el derecho fundamental al mínimo vital. (CC T-190/16, T-114/19)

En ese sentido la Corte Constitucional ha definido unas reglas con las que se puede determinar la afectación del derecho fundamental al mínimo vital cuando no se pagan las incapacidades. Para la Corte: *«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; y 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.»*

(C.C T-490 de 2015)

En ese orden, si un trabajador por sus condiciones de salud no tiene la forma de generar un ingreso para su subsistencia y la de su familia, el reconocimiento de incapacidades se convierte en una garantía de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna durante el tiempo de las incapacidades

3. Regulación Legal de Incapacidades de origen común.

En cuanto a la responsabilidad en el pago de las incapacidades, es necesario establecer en primer lugar, el origen de la contingencia, esto es, si proviene de una enfermedad común, en cuyo evento la asume el sistema general de salud, o si es ocurrió por un accidente de trabajo o la exposición a un riesgo

asociado al trabajo; en este último supuesto, la obligación recae en el sistema general de riesgos laborales. En este caso no existe discusión sobre el origen común de la contingencia, por lo que en los términos del artículo 227 del C.S.T, hay lugar a un pago al trabajador *“un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: Las dos terceras (2/3) partes del salario durante los noventa (90) días, y la mitad del salario por el tiempo restante.”*

Dicha norma fue objeto de estudio constitucional en el que se declaró exequible condicionalmente mediante sentencia **C-543 de 2007**, en el entendido de que el auxilio monetario por enfermedad no profesional no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

Respecto del responsable de la asunción del pago de las incapacidades el **Parágrafo 1, Artículo 3.2.1.10 Decreto 780 de 2016**, establece que al empleador le corresponde el pago de las incapacidades correspondientes a los dos (02) primeros días, en tanto que las Entidades Promotoras de Salud reconocerán tal prestación a partir del tercer (3) día. Sin embargo, tal pago no es indeterminado por lo que su pago solo se extiende hasta el día 180, por expresa disposición del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, pues a partir del día 181 y siempre que la EPS haya radicado ante la AFP el concepto de rehabilitación la responsabilidad recae sobre estas últimas.

Ahora bien en aquellos casos en los que las incapacidades persistan y superen los 181 días de incapacidad y exista un concepto desfavorable de rehabilitación, la Corte Constitucional de forma reiterada y pacífica ha señalado que en tales casos el pago de incapacidades corren a cargo de la Administradora de

Pensiones a la que esté afiliado el trabajador hasta que el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%. (T-920/09, T-729/12, T-333/13, T-146/16, T-401/17)

La Corte ha reiterado una regla en estos casos según la cual a pesar que el Decreto Ley 019 de 2012, hoy el Parágrafo 1, Artículo 3.2.1.10 Decreto 780 de 2016, no prevé expresamente la entidad que tiene a cargo los subsidios de incapacidad posteriores al día 180 cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación, *«una de las entidades del SGSS debe asumir el subsidio de incapacidad en estos casos pues la indeterminación legal no es una carga que deba ser soportada por el afiliado quien, por demás, se encuentra en situación de vulnerabilidad debido a sus condiciones de salud. Además, ello desconocería la igualdad en relación con los trabajadores afectados por enfermedades de origen laboral»* (CC T-920/09)

Finalmente ha de precisarse, además que por virtud del artículo 121 del Decreto 19 de 2012, si bien la EPS es la encargada de asumir el pago de las incapacidades de origen común desde el día 3 al 180, en aras de evitar trámites engorrosos para los trabajadores, debe el empleador liquidar y asumir su pago de manera directa, pero con el respectivo derecho a recobrar a la EPS lo pagado. En términos simples, la única obligación del trabajador es reportar a su empleador la incapacidad médica o la licencia de maternidad o paternidad para que este gestione el reconocimiento y pago ante la EPS. Para el caso de los trabajadores independientes deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC (**artículo 2.2.3.1.1 del Decreto 780 de 2016**).

4. Caso en Concreto.

A partir de todo lo anteriormente expuesto, encuentra el despacho que **Dwight Faunier Maldonado Moreno**, se encuentra legitimado por activa para invocar la protección de los derechos fundamentales a las luces del inciso 2 del artículo 10 del decreto 2591 de 1991, habida cuenta que actúa en esta acción sumaria en nombre propio y es el titular de los derechos fundamentales presuntamente conculcados.

Por su parte, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A**, y **E.P.S Suramericana S.A** se encuentran legitimadas por pasiva. En efecto a pesar de que son instituciones de derecho privado, el artículo 42 numeral 2 del decreto 2591 de 1991, establece la procedencia de la acción de tutela contra particulares, en aquellos eventos en los que el particular presta un servicio público, situación que es la aquí descrita dado que las entidades son las encargadas de garantizar la prestación del servicio público de seguridad social en salud y pensiones. También **Tecnisec De Colombia Ltda - Agencia Armenia**, se encuentra legitimada en la causa por pasiva en los terminos del articulo 42 numeral 4 del decreto 2591 de 1991, porque existe una relacion de subordinacion entre la sociedad y el demandante derivada de la relacion de trabajo que les une.

Se arriba a una idéntica conclusión en cuanto a la inmediatez, habida cuenta que las incapacidades de las que se reclama su pago se causaron desde el 5 de febrero de 2024 y a la fecha en que se formula ésta tutela éstas no se han pagado; para el despacho esta situación permite inferir que la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital, es continuada y

persistente en el tiempo por lo que no se justifica someter al accionante al trámite de un proceso ordinario.

Entrando entonces en el quid del asunto, debe entonces determinar el despacho si la accionante tiene derecho a que a través de este mecanismo sumario se ordene el reconocimiento de los auxilios de incapacidad.

Al punto, lo primero por indicar es que, **Dwight Faunier Maldonado Moreno** se encuentra vinculada laboralmente a través de un contrato de trabajo con **Tecnisec De Colombia Ltda - Agencia Armenia**, así se desprende de la respuesta que brindó la EPS accionada en la que indica que el giro de las incapacidades correspondientes a los primeros 180 días se hicieron a dicha sociedad.

En ese orden, con independencia de los argumentos que haya tenido la AFP encartada para negar el pago de los auxilios de incapacidad, quien debía en principio asumir el pago de la prestación es quien figura como empleador del accionante esto es la **Tecnisec De Colombia Ltda - Agencia Armenia**, pues así lo dispone el artículo 121 del Decreto 19 de 2012, con el respectivo derecho a recobrar a la EPS lo pagado, dado que el argumento vertido por la AFP para rehusarse a pagar las incapacidades no es caprichoso ni arbitrario dado que la norma citada y el vasto precedente constitucional dispone que en aquellos casos en los que no se le ha comunicado el concepto de rehabilitación debe la EPS asumir el pago de las mismas. En este caso si bien existe evidencia de que al actor se le expidió el concepto de rehabilitación del 26 de enero de 2024 (f. 19 archivo 002 ED), lo cierto es que no hay constancia de haberlo radicado o enviado a la AFP encartada, de allí que la EPS debe asumir la consecuencia de asumir con su peculio, los auxilios

de incapacidad hasta que haga él envío respectivo del concepto de rehabilitación, esto es que cumpla la carga mínima impuesta por la ley. Sin embargo, al margen de este análisis que puede facilitar la labor de recobro del empleador al sistema de seguridad social, lo cierto es que estas talanqueras administrativas, no tienen por qué repercutir negativamente ante el accionante, pues el artículo 121 del Decreto 19 de 2012, es sumamente claro en radicar la competencia del pago de estos auxilios al empleador, con el subsecuente derecho de recobrar al sistema, obligación que en este caso no se ve fue cumplida, dado el silencio del empleador en el trámite de tutela.

Por lo expuesto se concederá la tutela de los derechos fundamentales reclamados, y en concreto el del mínimo vital y se ordenará a **Tecnisec De Colombia Ltda - Agencia Armenia**, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia adelante las gestiones administrativas tendientes a reconocer y pagar al accionante las incapacidades generadas a partir del día 181 y hasta que el momento en que se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral, siempre que éstas sean expedidas por el médico tratante. Así mismo deberá el accionante en lo sucesivo radicar los auxilios de incapacidad directamente a la **Tecnisec De Colombia Ltda - Agencia Armenia** para que éste continúe con el pago de las incapacidades generadas y ésta última deberá iniciar los trámites respectivos ante la EPS o a la AFP para recobrar lo pagado.

III. DECISION.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Laboral Municipal de Pequeñas Causas de Armenia Quindío**, administrando justicia

en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER el amparo del derecho fundamental al Mínimo Vital de **Dwight Faunier Maldonado Moreno**.

SEGUNDO: ORDENAR a Tecnisec De Colombia Ltda - Agencia Armenia, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia adelante las gestiones administrativas tendientes a reconocer y pagar al accionante las incapacidades generadas a partir del día 181 y hasta que el momento en que se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral, siempre que éstas sean expedidas por el médico tratante adscrito a la EPS Suramericana S.A

TERCERO: ORDENAR a Dwight Faunier Maldonado Moreno Vera que en lo sucesivo radique ante su empleador los auxilios de incapacidad causados siempre que se expidan por su médico tratante, a efectos de que éste inicie los trámites respectivos ante la EPS Suramericana S.A.

CUARTO: NOTIFICAR a los interesados en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si esta decisión no fuere impugnada

Notifíquese y cúmplase,

MANUEL ALEJANDRO BASTIDAS PATIÑO
JUEZ

Edificio Gómez Arbeláez Calle 20A No.14-15 Oficina 608
Email: j01mpclarm@cendoj.ramajudicial.gov.co
Teléfono: 7411591 WhatsApp: +57 3163094537



Puede escanear este código
QR para acceder al
Micrositio del Juzgado o
dirigirse al siguiente enlace
<https://t.ly/P-59>