



Facatativá, catorce (14) de julio de dos mil veinte (2020)

CLASE DE PROCESO:	ACCION DE TUTELA
ACCIONANTE:	SANDRA MILENA JAIMES RIAÑO
ACCIONADO:	FAMISANAR EPS y AFP PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN No:	252692041003 20200031600

ASUNTO A DECIDIR:

Surtido el trámite que le es propio, procede el Despacho a proferir fallo de primera instancia dentro de la acción de tutela de la referencia.

IDENTIFICACIÓN DEL ACCIONANTE:

Recurre al trámite de la acción constitucional, la ciudadana Sandra Milena Jaimes Riaño.

IDENTIFICACIÓN DEL ACCIONADO:

La acción instaurada es contra la EPS FAMISANAR y la Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A.

**DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VIOLADOS
O AMENAZADOS:**

Considera la accionante, que se vulneran sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida, dignidad humana y seguridad social.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL:

Expuso la accionante que viene incapacitada desde el 12 de enero de 2017 y que debido a la negativa de las accionadas al pago de las incapacidades causadas del día 181 al 540, interpuso acción de tutela que se tramitó ante el Juzgado 2 penal municipal de Facatativá bajo el radicado No. 2019-259 donde se ordenó a AFP PROTECCIÓN el pago de las incapacidades causadas desde el día 181 hasta el día 540 lo cual cumplió efectivamente hasta el 6 de diciembre de 2019.

Que cumplidos los 540 días, el fondo de pensiones suspendió el pago e informó que en adelante esa prestación estaría a cargo de la EPS en donde ha estado radicado las incapacidades desde el 7 de diciembre de 2019 sin que le haya sido posible obtener su reconocimiento pues le exigen una carta de parte del fondo de pensiones en donde se informe su ya fue calificada o en su lugar una constancia.

Que acudió al Fondo de pensiones para pedir la expedición de la certificación y demás documentos que le son exigidos por la EPS no obstante le informan que ellos no los expiden pues el trámite es de carácter interno entre las entidades lo cual considera es un obstáculo para no pagar las incapacidades.

Que ella vive del salario mínimo, que tiene 3 niños menores de edad y que el pago de las incapacidades le ayuda a brindarles alimentos, vivienda y educación.

Que las accionadas están exigiendo requisitos que no corresponden al trámite que solicita lo cual a su juicio se concreta en la expedición de la incapacidad por parte del médico tratante.

Que los documentos que requiere están en poder de la AFP y la EPS los debe solicitar internamente.

PETICIÓN DE TUTELA

La accionante solicitó como pretensiones, lo siguiente:

- 1. Respetuosamente le solicito señor juez, amparar mis derechos, a la Seguridad Social, a una Vida Digna, al Mínimo Vital.*
- 2. Se ordene a la accionada que le corresponda me pague las incapacidades causadas desde el 7 de diciembre de 2019, hasta la fecha que se dicte sentencia de tute(sic), incapacidades que han sido radicadas ante la EPS FAMISANAR.*
- 3. Ordenar a la accionada que corresponda, que se siga pagando las incapacidades que se sigan expidiendo por mi condiciones (sic) de salud, o esta cuando me sea calificado mi grado de invalidez, lo anterior señor juez, para evitar que me roque promover nuevamente una acción de tutela cada vez que se vulnere mi derecho al pago de las incapacidades que se sigan causando, como me toco ahorita nuevamente, esto es un desgaste para a administración de justicia”*

TRÁMITE PROCESAL Y CONTRADICTORIO

La acción fue radicada vía correo electrónico, el día 30 de junio de 2020, Mediante auto de 1 de julio siguiente, se avocó el trámite de la acción y se decretaron las pruebas.

Transcurrido el término de traslado, la acción ingresó al despacho para proferir el fallo.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

Notificados los integrantes del extremo pasivo, se pronunciaron de la siguiente manera:

FAMISANAR EPS

Guardó silencio pese a estar debidamente notificada de la admisión de la demanda.

AFP PROTECCIÓN S.A.

A través de su representante legal Judicial, indicó que dio cumplimiento a la sentencia de tutela proferida por el juzgado 2º penal municipal de Facatativá, reconociendo y pagando a la accionante incapacidades desde el 29 de abril de 2019 y hasta el 1 de octubre de 2019 por un valor total de \$9.893.642.

Que suspendió el pago de las incapacidades pues de conformidad con el art. 142 del Decreto 019 de 2012 la accionante no cuenta con pronóstico favorable de rehabilitación y le reconoció los 360 días que por ley le correspondían a cargo del fondo de pensiones obligatorias término máximo que estipula la ley para tal efecto.

Dijo que luego de cancelar el ciclo de incapacidades a su cargo, se dará inicio al proceso de calificación solo hasta el momento en que la accionante aporte la documentación requerida, es decir, la historia clínica completa desde el inicio de la patología hasta el momento actual incluyendo todos los especialistas tratantes, notas hospitalarias, procedimientos, cirugías y ayudas diagnósticas.

Dijo que en el evento en que se generen incapacidades superiores a los 540 días el pago corresponde a la EPS de acuerdo con lo establecido en el art. 67 de la Ley 1753 de 9 de junio de 2015 tal como también la Corte Constitucional lo ha señalado en sentencia T-144 de 2016.

Que si bien se reconocía un vacío legal en este aspecto, lo cierto es que éste se zanjó con la expedición de la Ley 1753 de 2015 ya referida dando a las EPS la posibilidad de perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto ante la ADRES.

PROBLEMAS JURÍDICOS:

En criterio del despacho, el problema jurídico se concreta a determinar *si los derechos fundamentales invocados por la accionante son trasgredidos por la falta de pago de las incapacidades médico-laborales que le fueron expedidas a partir del 7 de diciembre de 2019 y hasta la fecha, posteriores a los primeros 540 días de incapacidad.*

Si la respuesta al anterior interrogante es positiva, deberá el despacho verificar, *a quién le corresponde la obligación del pago de las precitadas incapacidades.*

CONSIDERACIONES:

DE LA NATURALEZA Y PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela fue prevista en el artículo 86 de la Carta Política, como mecanismo directo y expedito para la protección de derechos fundamentales constitucionales, permite a las personas reclamar ante los jueces, en todo

momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los mismos, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquiera autoridad pública o de los particulares, siempre que no se disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se trate de impedir un daño irremediable, en cuyo evento procede como mecanismo transitorio.

El ejercicio de este dispositivo procesal, así establecido por el constituyente, fue reglamentado mediante el Decreto 2591 de 1991, precisando en su artículo 2º, que los derechos objeto de protección, son aquellos consagrados como fundamentales en la Constitución Política, o los que por su naturaleza permitan su amparo en cada caso concreto.

Entre tanto, el artículo 6º *ibídem*, señala que la Acción de Tutela no procede en los siguientes casos: (i) Cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; (ii) cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de hábeas corpus; (iii) cuando se pretenda proteger derechos colectivos, salvo que el interesado solicite la tutela con el fin de impedir un perjuicio irremediable; (iv) cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho y; (v) cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

Pues bien, en el caso concreto el demandante solicita la protección de los fundamentales al mínimo vital, vida y salud por lo que procede el juzgado a analizar sobre la procedencia de la acción en relación con el reconocimiento y pago de la licencia o incapacidad por maternidad.

Legitimación por activa

En efecto, la legitimación por activa constituye un presupuesto esencial para la procedencia de la acción de tutela, ya que al juez constitucional le corresponde verificar la titularidad del derecho fundamental que está siendo vulnerado y el medio a través del cual acude al amparo.

La accionante informa ser la persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales, quien actúa por sí misma al no habersele reconocido y pagado las incapacidades expedidas a partir del 7 de diciembre de 2019, por lo que de contera, se encuentra legitimada por activa.

Legitimación por pasiva

El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades, que hayan violado o amenacen violar un derecho fundamental. Así mismo, el inciso 2 del artículo 42 *ejusdem* señala que procede contra particulares que estén encargados de la prestación del servicio público de salud.

En el sub judice, la acción de tutela se dirige contra FAMISANAR EPS y AFP PROTECCIÓN S.A., entidades de quien la accionante predica la presunta

vulneración de sus derechos fundamentales, al no reconocerle y pagarle las incapacidades expedidas desde el 7 de diciembre de 2019 y tampoco facilitarle la documentación y la aplicación del procedimiento necesario para tal reconocimiento.

Por lo anterior, este juzgado encuentra acreditada la legitimación en la causa por pasiva.

Inmediatez

Por su naturaleza, la acción de tutela debe ser presentada en un término razonable desde la ocurrencia del presunto hecho vulnerador.

En este caso, se observa que la última incapacidad radicada por la accionante ante la EPS FAMISANAR comprende el período del 17 de junio al 16 de julio de 2020, radicada en la empresa precitada el 18 de junio del presente año. Por su parte, la acción de tutela fue radicada el 30 de junio de 2020, pero no pasa desapercibido el despacho que las incapacidades expedidas a partir del 7 de diciembre de 2019 han sido periódicamente radicadas ante FAMISAR EPS sin que la accionante haya obtenido el reconocimiento y pago de las mismas de tal forma que se encuentra entonces acreditado el requisito de inmediatez.

Subsidiariedad

Como mecanismo excepcional, la acción de tutela procede para el pago de incapacidades, no obstante que por regla general la Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela no procede para dilucidar temas relacionados con controversias laborales, pues existen ciertos mecanismos que el legislador ha previsto para solucionar este tipo de conflictos.

Sin embargo, la pretensión solicitada adquiere relevancia constitucional cuando resulta que se desprende de su no pago, la vulneración a los derechos fundamentales como en el caso en que se afecte el mínimo vital. Aunado a lo anterior, la accionante anunció en su demanda -que se presume presentada bajo la gravedad del juramento-, que no tiene otros ingresos económicos distintos a los derivados de las incapacidades y que tiene tres (3) menores de edad a cargo de ahí que resulte necesaria la intervención del juez constitucional para resolver el fondo del asunto previa verificación del cumplimiento de los requisitos legales y jurisprudenciales para su causación.

No pasa desapercibido el despacho que el Estado debe proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.

Conforme con lo anterior y bajo el supuesto de que la incapacidad médico laboral constituye una acción afirmativa de protección frente a los trabajadores, la acción de tutela resulta ser el mecanismo viable e idóneo para controvertir la situación expuesta.

Adicionalmente, hay que decir que el mecanismo de protección lo sería de carácter definitivo pues ha precisado la propia jurisprudencia que la ineficacia y falta de idoneidad de los medios ordinarios de defensa con que cuente el accionante han de ser estudiadas atendiendo la particularidad del caso y las

condiciones de la persona afectada, pues solo así, será posible determinar si tales mecanismos ofrecen una solución integral desde una dimensión constitucional y no meramente formal.

En palabras de la Corte “(...) *el medio de defensa ordinario debe estar llamado a proteger el derecho fundamental conculcado y, además, a hacerlo de manera oportuna, toda vez que, como ya ha sido señalado por esta Corporación, el Juez de tutela, al interpretar constitucionalmente asuntos laborales, no persigue la solución de un conflicto o diferencia entre el trabajador y el empresario para hallar la solución correcta, sino pretende, la definición de campos de posibilidades para resolver controversias entre derechos o principios fundamentales*”¹.

En el caso específico del reconocimiento y pago de incapacidades médico-laborales por vía de tutela, la Corte Constitucional en sentencias T-920 de 2009 y T-140 de 2016, entre otras, señaló:

“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”

En el presente asunto, la accionante ha informado que desde el mes de diciembre de 2019 no recibe el pago de las incapacidades que le han sido expedidas y que de ese dinero deriva el sustento propio y el de tres menores de edad siendo entonces esos emolumentos aquellos que le permitirían sobrellevar la vida entre tanto (i) se rehabilita y reintegra al trabajo -opción que según informó AFP PROTECCIÓN ya fue descartada- o (ii) se pensiona por invalidez, luego en el caso concreto, de no resolverse por virtud de la acción de tutela sobre el pago de las incapacidades, sobrevendría un perjuicio irremediable para ella.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Derecho a la salud

La Ley 1751 de 16 de febrero de 2015, estatutaria de la salud, establece el contenido de este fundamental de la siguiente forma:

“Artículo 20. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de

¹ Sentencia T- 064 de 2016 M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez.

la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”

La Jurisprudencia, también ha reconocido este derecho como autónomo y susceptible de ser protegido por la vía constitucional de tutela².

En efecto, la Corte Constitucional³ ha señalado lo siguiente frente a este fundamental:

“El artículo 49 de la Constitución Política de Colombia establece en cabeza del Estado la obligación de garantizar a todas las personas, la atención en salud que requieran y, para ello, lo ha encargado tanto del desarrollo de políticas públicas que permitan su efectiva materialización, como del ejercicio de la correspondiente vigilancia y control sobre las mismas. De ahí que el derecho a la salud tenga una doble connotación: por un lado se constituye en un derecho subjetivo fundamental del que son titulares todas las personas y, por otro, en un servicio público de carácter esencial cuya prestación es responsabilidad del Estado.

En virtud de la dicotomía anteriormente enunciada, resulta pertinente entrar a conceptualizar lo que se ha entendido por “salud” en cada una de sus facetas, de forma que sea posible esclarecer y delimitar su alcance, así como facilitar su comprensión.

(...) Ahora bien, en pronunciamientos más recientes, esta Corporación ha expresado que la salud debe ser concebida como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”, de forma que la protección en salud no se limite únicamente a las afectaciones que tengan implicaciones en el cuerpo físico del individuo, sino que, además, se reconozca que las perturbaciones en la psiquis, esto es, aquellas que se materializan en la mente del afectado, también tienen la virtualidad de constituirse en restricciones que impiden la eficacia de los demás derechos subjetivos.

De ahí que, la protección constitucional del derecho a la salud tome su principal fundamento en su inescindible relación con la vida, entendida ésta no desde una perspectiva biológica u

² Ver sentencias T – 864 de fecha 3 de Noviembre de 2010 y T-760 del 31 de julio de 2008 entre otras.

³ Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, sentencia T- 481 de 1 de septiembre de 2016, Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos.

orgánica, sino como “la posibilidad de ejecutar acciones inherentes al ser humano y de ejercer plenamente los derechos fundamentales, de donde se concluye que si una persona sufre alguna enfermedad que afecta su integridad física o mental impidiéndole continuar con sus proyectos personales y laborales en condiciones dignas, su derecho a la vida se encuentra afectado, aun cuando biológicamente su existencia sea viable”.

En atención a lo expuesto, el goce del derecho a la salud no debe entenderse como un conjunto de prestaciones exigibles de manera segmentada y parcializada, sino como una pluralidad de servicios, tratamientos y procedimientos que, en forma concurrente y de manera armónica e integral, propenden por la mejora, hasta el mayor nivel posible, de las condiciones de salud de sus destinatarios.

En síntesis, todas las personas pueden acudir a la acción de tutela para lograr la protección de su derecho fundamental a la salud, pues no solamente se trata de un derecho autónomo sino que también se constituye en uno que se encuentra en íntima relación con el goce de distintos derechos, en especial la vida y la dignidad humana, derechos que deben ser garantizados por el Estado colombiano de acuerdo a los mandatos internacionales, Constitucionales y jurisprudenciales que al respecto se han establecido.”

Así las cosas, por ser el derecho a la salud un derecho fundamental, puede ser protegido mediante tutela cuando resulte amenazado o vulnerado y no exista otro medio idóneo de defensa judicial, presupuesto que cobra mayor relevancia cuando los presuntos afectados sean sujetos de especial protección constitucional.

Derecho a la vida

La vida es el primero de los derechos consignados como fundamentales en la Constitución Política, consagrado en el artículo 11, siendo el presupuesto para el ejercicio de los demás derechos y obligaciones previstos en el ordenamiento jurídico, según el Alto Tribunal Constitucional el derecho a la vida reconocido por el constituyente, no abarca únicamente la posibilidad de que el ser humano exista, es decir, de que se mantenga vivo de cualquier manera, sino que conlleva a que esa existencia deba entenderse a la luz del principio de la dignidad humana⁴, reconocido en el artículo 1º de la Carta como principio fundamental e inspirador de nuestro Estado Social de Derecho⁵.

En tal contexto, puede decirse que la protección otorgada por el Estado a este bien jurídico fundamental; no se agota con el compromiso de velar por la mera existencia de la persona, sino que involucra en su espectro garantizador, entre otros derechos el de la salud y a la integridad personal (física y psíquica) como

⁴ Ver sentencia T-860 de 1999. MP: Carlos Gaviria Díaz.

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-675 de 2011.

componentes imprescindibles para permitir el goce de una vida en condiciones de dignidad⁶.

Ahora bien, la salud y la vida son garantías personalísimas estrechamente relacionadas, a tal punto que años atrás, el amparo de la primera debía solicitarse en conexidad con la vida, actualmente la jurisprudencia, reconoce el derecho a la salud como autónomo y susceptible de ser protegido por la vía constitucional de tutela⁷ y se encuentra contemplado en la Ley 1751 de 16 de febrero de 2017, estatutaria de la salud, como se abordó en precedencia.

Del mínimo vital

El mínimo vital, se trata del acceso básico de condiciones dignas de existencia para el desarrollo del individuo, que depende de su situación particular y es un concepto indeterminado cuya concreción depende de las circunstancias particulares de cada caso, por lo que requiere un análisis caso por caso y cualitativo. Es concebido en la jurisprudencia constitucional como un derecho fundamental que tiene como característica ser cualitativo, por lo que supone que cada persona viva de acuerdo al estatus adquirido durante su vida. Sin embargo, esto no significa que cualquier variación en los ingresos implique necesariamente una vulneración de este derecho. Por el contrario, existe una carga soportable para cada persona, que es mayor entre mejor haya sido la situación económica particular. Por esto, entre mayor sea el estatus socioeconómico, es más difícil que variaciones económicas afecten el mínimo vital y por ende la vida digna.⁸

En relación con el mínimo vital como consecuencia de la prestación económica por incapacidad médico laboral, la Corte Constitucional en sentencias T-772 de 2007, T-548 de 2012, T-4901 de 2015, T-200 de 2017 y T-246 de 2018, entre otros pronunciamientos, dijo lo siguiente:

“el pago de incapacidades a una persona que sufre una afectación en su salud, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho fundamental (i) a la salud en la medida que permite al afiliado disponer de una suma de dinero periódica a pesar de que en estricto sentido no exista prestación de servicio, circunstancia que contribuirá a la recuperación satisfactoria de su estado de salud, puesto que le permite seguir con el tratamiento prescrito por el médico tratante y guardar el reposo requerido para su óptima recuperación y (ii) el derecho al mínimo vital, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, por cuanto constituye la única fuente de ingresos económicos que permiten satisfacer las necesidades básicas personales y familiares del actor, en la medida que posibilita la conservación del giro ordinario del proyecto vital del beneficiario y de su grupo familiar.”
(Subrayas del despacho)

⁶ Sentencia T-823 de 2002.

⁷ Ver sentencias T— 864 de fecha 3 de Noviembre de 2010 y T-760 del 31 de julio de 2008 entre otras.

⁸ Sentencia T-244 de 2012

De la incapacidad médico laboral - pago.

El régimen del Sistema General de Seguridad Social establece el reconocimiento y pago de las incapacidades, bien sean por enfermedad común, o por enfermedad profesional con el fin de soportar al afiliado durante el tiempo en que su capacidad laboral se ve mermada lo cual materializa el principio de solidaridad. Así, el reconocimiento y pago de las incapacidades fue atribuido a los distintos agentes del sistema, dependiendo del origen de la enfermedad o accidente (común o profesional), y de la persistencia de la afectación de la salud del afiliado, en el tiempo.

Así las cosas, conforme con el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, las Administradoras de Riesgos Laborales son las encargadas de asumir el pago de las incapacidades laborales con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico hasta que *(i) la persona quede integralmente rehabilitada y, por tanto, reincorporada al trabajo; (ii) se le califique su estado de incapacidad parcial permanente y en este caso se indemnice; o (iii) se califique la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%, adquiriendo el derecho a la pensión de invalidez.*

Cuando se trata de enfermedades o accidentes de origen común, la responsabilidad del pago de la incapacidad o del subsidio por incapacidad radica en diferentes actores del sistema dependiendo de la prolongación de la misma, de la siguiente manera:

Conforme al artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, que modificó el parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el pago de los dos (2) primeros días de incapacidad por enfermedad de origen común, corresponden al empleador.

A su vez, en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, el pago de las incapacidades expedidas del día tres (3) al día ciento ochenta (180) están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador.

Ahora, frente a las incapacidades de origen común que superan el día 181 surgía una dificultad que fue objeto de debate en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación no obstante la Corte Constitucional ha sido enfática en sus pronunciamientos al señalar 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 rehabilitación⁹.

Sin embargo, si la EPS no expide el concepto de rehabilitación antes del día 120 de incapacidad temporal y la remisión del mismo a la AFP correspondiente, antes del día 150, de que trata el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, le compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, esto, en caso de

⁹ Ver entre otras, las sentencias T-097 de 2015, T-698 de 2014, T-333 de 2013, T-485 de 2010, T-401 de 2017 y T-246 de 2018.

que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

En este orden, de acuerdo con la normativa citada, una vez el fondo de pensiones disponga del concepto favorable de rehabilitación, podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó y pagó la EPS, pero, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador. **Por el contrario, 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.

En este punto, como resultado del proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, es posible *i)* que se determine una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, evento en el cual, el trabajador puede optar por la pensión de invalidez a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentre afiliado, o *ii)* que se fije una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%, situación en la que *el empleador debe proceder a reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello.* En otras palabras, en este último evento, el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, desarrollado por esta Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

No obstante, es factible que, a pesar de haberse dictaminado una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%, el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, superando los 540 días, pese a haber sido evaluado por la junta de calificación de invalidez. Es decir, no resulta posible su reintegro al cargo, debido a la misma incapacidad del trabajador para reincorporarse a sus funciones.

Este supuesto fáctico, no fue previsto por el Sistema General de Seguridad Social y por tanto, los asegurados incurso en estas circunstancias, **antes de la promulgación de la Ley 1753 de 2015**¹⁰, se encontraban sumidos en desprotección legal como consecuencia de la ausencia de claridad respecto de la entidad que debía asumir el pago del auxilio por incapacidad cuando se superaban los 540 días.

Soslayado el asunto, las incapacidades superiores a los 540 días deben asumirse por las entidades promotoras de salud (EPS) quedando contemplado por el legislador, como mecanismo para reevaluar la real capacidad de trabajo del afectado y propender oportunamente la reincorporación del asegurado a

¹⁰ Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018

sus funciones laborales, que el Gobierno Nacional reglamente el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad.

En efecto, el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, indica:

“ARTÍCULO 67. Recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La Entidad administrará los siguientes recursos:

(...)

Estos recursos se destinarán a:

*a) El reconocimiento y pago a las **Entidades Promotoras de Salud** por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, **incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos.** El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.” (Resaltos del despacho)*

En este orden de ideas, se puede extraer de lo anterior que:

- a) El Legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días a las EPS
- b) Las EPS pueden perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto en los términos del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 ante la ADRES de conformidad con lo establecido en el artículo 1º del Decreto 546 de 2017.

Es claro entonces que **las EPS sólo asumen una carga administrativa en el reconocimiento y pago de dichas incapacidades**, ya que el legislador previó que quien en últimas termina asumiendo la obligación es el Estado, en cabeza de la ADRES que le pagará a las EPS los dineros cancelados por dicho concepto.

Sobre la anterior reglamentación, la Corte Constitucional señaló que:

“...de ninguna manera puede entenderse que el pago de los subsidios por incapacidad al asegurado se encuentra sujeto a condición alguna, toda vez que, lo que quedó en suspenso, fue la reglamentación del procedimiento de revisión periódica de incapacidad por parte de las EPS, entre otros asuntos, y no el cumplimiento del deber de pagar los subsidios por incapacidades.

Por tanto, desde la entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015, el pago del subsidio por incapacidades que superan el día 540,

quedó a cargo de las EPS y desde entonces, tienen el deber de sufragar los valores por dicho concepto a favor del asegurado¹¹.

(Subrayas del despacho)

Lógicamente, el anterior deber legal tampoco está condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral del afiliado.

En este orden de ideas, el régimen de pago de incapacidades derivadas de enfermedad de origen común es el siguiente¹²:

Periodo	Obligado	Fuente normativa
Día 1 y 2	Empleador	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	E.P.S.	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013 en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012
Día 181 hasta el 540	Fondo de Pensiones	Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012
Día 541 en adelante	E.P.S.	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

DE LA PRESUNCIÓN VERACIDAD

El artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, establece la presunción de veracidad en los siguientes términos: *“Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa.”*

Así, el funcionario judicial puede decretar el restablecimiento del derecho, si cuenta con cualquier medio de prueba del que se deduzca la evidente amenaza o violación de un derecho. De otra parte, *el juez debe presumir la veracidad de los hechos narrados en la tutela, si la autoridad o entidad accionada no responde el requerimiento efectuado al momento de adelantarse la acción¹³.*

Del mismo modo, en sentencia T-214 de marzo 28 de 2011, con Ponencia del Magistrado, doctor Jorge Iván Palacio Palacio, señaló que: *“la presunción de veracidad fue concebida como un instrumento para sancionar el desinterés o negligencia de la entidad pública o particular contra quien se ha interpuesto la demanda de tutela, en aquellos eventos en los que el juez de la acción requiere informaciones y las entidades o empresas no las rinden dentro del plazo respectivo, buscando de esa manera que el trámite constitucional siga su curso, sin verse supeditado a la respuesta de las entidades referidas”.*

¹¹ Ver sentencia T-246 de 2018

¹² Ídem

¹³ Corte Constitucional Sentencia T-138 de 13 de marzo de 2014 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

DEL ASUNTO EN CONCRETO
6/12/2019 día 540 en incapacidad 1

La accionante ha venido a la jurisdicción para pedir que se ordene a las accionadas el reconocimiento y pago de las siguientes incapacidades que ha radicado en FAMISANAR EPS de la siguiente manera:

Fecha expedición	Días	Período	Radicado
2/12/2019	15	2/12/19 a 16/12/19	9/12/19
17/12/19	15	17/12/19 a 31/12/19	17/12/19
2/1/20	15	2/1/20 a 16/1/20	3/1/20
17/1/20	30	17/1/20 a 15/2/20	20/1/20
17/2/20	15	17/2/20 a 2/3/20	19/2/20
3/3/20	30	3/3/20 a 1/4/20	9/3/20
2/4/20	15	2/4/20 a 16/4/20	2/4/20
17/4/20	15	17/4/20 a 1/5/20	17/4/20
2/5/20	17	2/5/20 a 18/5/20	6/5/20
19/5/20	15	19/5/20 a 2/6/20	19/5/20
3/6/20	14	3/6/20 a 16/6/20	18/6/20
17/6/20	30	17/6/20 a 16/7/20	18/6/20

De acuerdo con lo probado, lo señalado en la demanda y en la contestación de la misma, la accionante cursa con más de 540 días de incapacidad causadas por el acaecimiento de una enfermedad de origen común que la aqueja, el día 541 de acuerdo con lo anotado a pie de página de la primera de las incapacidades allegadas con la demanda acaeció el 6 de diciembre de 2019.

AFP PROTECCIÓN mencionó, por su parte, que en efecto suspendió el pago de las incapacidades hasta el 1 de octubre de 2019 toda vez que dio cumplimiento a lo resuelto en tutela por el Juzgado 2 Penal municipal de Facatativá reconociendo y pagando los 360 días de incapacidad que a su juicio le corresponden conforme al marco legal.

En este punto, valga anotar que conforme a las previsiones del art. 20 del D.E. 2591 de 1991 el juzgado está autorizado para presumir que los hechos de la demanda son ciertos ante la falta de respuesta de FAMISANAR EPS de forma que el análisis que sigue parte de este argumento.

De acuerdo con el marco normativo, cuando un empleado cumple más de 540 días en incapacidad, surge para la EPS a la cual se encuentra afiliado, la obligación de asumir su pago hasta que cese la expedición de las mismas lo cual ya se dijo, puede ocurrir por rehabilitación o por pensionarse el empleado por invalidez, ese pago lo puede recobrar acudiendo a la ADRES.

Se demostró en el plenario, que la accionante se encuentra afiliada en pensión a PROTECCION S.A. y en salud a FAMISANAR EPS, además resultó probado que le han sido expedidas incapacidades que no han sido pagadas oportunamente desde el 2 de diciembre de 2019, las cuales ha radicado en las oficinas de FaMISANAR.

Igualmente, por no haber sido desvirtuado y dada la presunción de veracidad, se puede afirmar que la demandante deriva su único sustento de esas

incapacidades y que se encuentra a cargo de tres menores de edad y que con esa prestación atiende los gastos de su familia.

En este orden, al no haber recibido pago de las incapacidades expedidas y dadas las circunstancias particulares del caso, por ser estos sus únicos ingresos, es evidente que el derecho al mínimo vital de la accionante se ve seriamente comprometido siendo del caso procurarle protección sin mayor elucubración en concordancia con el marco normativo. El derecho a la vida y a la salud por el contrario, no se advierten comprometidos pues la accionante no se duele de la falta de prestación del servicio de salud, lo cual resulta evidente para el despacho al advertir que su médico tratante le ha expedido de manera periódica las incapacidades correspondientes.

En efecto, el despacho consultó la base de datos de la ADRES y encontró que la accionante se encuentra actualmente en estado activo de su afiliación a FAMISANAR EPS como cotizante desde el 1 de julio de 2016 como se señala en la página web correspondiente¹⁴:



**ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL
DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES**

Información de Afiliados en la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud

Resultados de la consulta

Información Básica del Afiliado :

COLUMNAS	DATOS
TIPO DE IDENTIFICACIÓN	CC
NÚMERO DE IDENTIFICACION	35533495
NOMBRES	SANDRA MILENA
APELLIDOS	JAIMES RIAÑO
FECHA DE NACIMIENTO	****/****
DEPARTAMENTO	CUNDINAMARCA
MUNICIPIO	FACATATIVA

Datos de afiliación :

ESTADO	ENTIDAD	REGIMEN	FECHA DE AFILIACIÓN EFECTIVA	FECHA DE FINALIZACIÓN DE AFILIACIÓN	TIPO DE AFILIADO
ACTIVO	FAMISANAR E.P.S. LTDA - CAFAM - COLSUBSIDIO	CONTRIBUTIVO	01/07/2016	31/12/2999	COTIZANTE

Dicho lo anterior, el problema jurídico principal se ha resuelto, es decir, que se establece que hay vulneración del derecho al mínimo vital de la accionante por la falta de pago de sus incapacidades, quedando por verificar a quién corresponde el pago de las adeudadas.

De acuerdo con la relación efectuada por el despacho atrás, las incapacidades que no han sido pagadas datan del 2 de diciembre de 2019 en adelante período en el cual se cumplió el día 541 de incapacidad, esto es el 7 de diciembre de 2019.

Ahora, como se señaló en el marco normativo, la expedición de la Ley 1753 de 2015, soslayó el asunto de la asunción del pago de las incapacidades que

14

https://aplicaciones.adres.gov.co/bdua_internet/Pages/RespuestaConsulta.aspx?tokenId=ChKBV5jLSaoNa+Ydeq8nMg==

se expiden después de los 540 días de manera que **cuando la ley es clara y no hace distinciones no les dado al intérprete hacerlo y en consecuencia, sobran consideraciones para señalar que es FAMISANAR EPS la obligada a dicho pago.**

No obstante lo anterior, el juzgado encuentra necesario aclarar a la EPS accionada que no resulta necesario en este caso, que las incapacidades no pagadas se tramiten a través del empleador -valga decir que en las incapacidades se observa que la accionante es empleada de SELECTIVA SAS Nit. 830.044.545-, pues en primer lugar es la misma EPS quien las expedida y en segunda medida se probó la radicación en sus dependencias de manera que tiene amplio conocimiento de éstas.

No pasa desapercibido el despacho que a la accionante no se le ha practicado la calificación de pérdida de la capacidad laboral por asuntos administrativos de los que se ocupara el despacho en reglones subsiguientes, lo cual se trae a colación para indicar que el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral no es óbice para el pago de las incapacidades que se expidan al afiliado pues la obligación surge desde el día 541 y **hasta que cesen de expedirse la incapacidades** luego no habría lugar a negarse a pagar lo que legalmente le corresponde máxime si se tiene en cuenta que finalmente, como se señaló atrás, el Estado asumirá el pago de esas incapacidades a través del ADRES siendo de competencia de la EPS realizar el trámite de recobro si a bien lo tiene.

Así las cosas, FAMISANAR EPS deberá pagar en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, las incapacidades expedidas al accionante a partir del 7 de diciembre de 2019 y hasta la fecha así como las sucesivas que le expidan hasta que se resuelva su situación ya sea por rehabilitación o por invalidez.

En este punto, debe decirse que en el expediente obra documental que da cuenta de que a la accionante le fue solicitada la documental necesaria para dar inicio a dicho proceso a lo cual la accionante ha dado curso sin resultados positivos por trabas que las mismas empresas aseguradoras han impuesto, de forma que se les prevendrá para sin dilación faciliten a la accionante la documental que resulta necesaria para adelantar el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral, ya sea que se trate de certificaciones de pago o historia clínica u otro documento que se encuentre en poder de las aseguradoras sin que la accionante tenga que exigirlos a través del derecho de petición u otra actuación pues esa dilación mantiene en una indefinición su situación laboral y da lugar a que los actores del sistema evadan de manera arbitraria justificada el deber de reconocimiento y pago de las incapacidades.

Sea del caso decir que el asunto de la radicación de los documentos necesarios para la calificación y el proceso mismo es independiente de la expedición o pago de las incapacidades de manera que no se le podrá oponer ésta gestión al pago de las precitadas incapacidades.

De acuerdo con lo anterior, aunque sea FAMISANAR EPS la obligada al pago de las incapacidades éste despacho advierte que no puede desvincularse a AFP PROTECCIÓN SA del presente asunto pues su responsabilidad tiene íntima relación con la situación de la demandante, como ya se dijo, en lo que

tiene que ver con el trámite de la calificación de pérdida de capacidad laboral y la expedición de algunos documentos necesario tanto para este trámite como para EPS FAMISANAR proceda a lo propio con el pago de las incapacidades.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Civil Municipal de Facatativá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Tutelar el derecho al mínimo vital de Sandra Milena Jaimes Riaño vulnerado por EPS FAMISANAR conforme a lo anteriormente expuesto.

SEGUNDO: Ordenar al representante legal de la EPS FAMISANAR y/o quien haga sus veces, que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia y si no lo ha hecho, proceda a la expedición en favor de la accionante o internamente con destino a AFP PROTECCIÓN S.A. de todos los documentos que resulten necesarios para el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral de la accionante y en el mismo término proceda al reconocimiento y pago directo en cuenta bancaria de la accionante, de las siguientes incapacidades:

Fecha expedición	Días	Período	Radicado
2/12/2019	15	2/12/19 a 16/12/19	9/12/19
17/12/19	15	17/12/19 a 31/12/19	17/12/19
2/1/20	15	2/1/20 a 16/1/20	3/1/20
17/1/20	30	17/1/20 a 15/2/20	20/1/20
17/2/20	15	17/2/20 a 2/3/20	19/2/20
3/3/20	30	3/3/20 a 1/4/20	9/3/20
2/4/20	15	2/4/20 a 16/4/20	2/4/20
17/4/20	15	17/4/20 a 1/5/20	17/4/20
2/5/20	17	2/5/20 a 18/5/20	6/5/20
19/5/20	15	19/5/20 a 2/6/20	19/5/20
3/6/20	14	3/6/20 a 16/6/20	18/6/20
17/6/20	30	17/6/20 a 16/7/20	18/6/20

TERCERO: Ordenar al representante legal de AFP PROTECCIÓN S.A. que en el término de 48 horas expedida ya sea a la accionante o a FAMISANAR EPS directamente, toda la documental necesaria para el pago de las incapacidades precitadas, en el mismo término expedirá la documental que le corresponda para llevar a cabo el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral a la accionante conforme a lo anteriormente expuesto.

CUARTO: Negar la tutela de los derechos a la vida y a la salud conforme a lo anteriormente expuesto.

QUINTO: Prevenir a la **EPS FAMISANAR** en los términos del inciso 2º del artículo 24 del D. E. 2591 de 1991, para que en lo sucesivo se abstenga de omitir su deber legal frente al reconocimiento y pago de las prestaciones que corresponden a sus usuarios específicamente en lo que concierne a las incapacidades expedidas después de los 540 días.

SEXTO: Comunicar por medios electrónicos a las partes la determinación adoptada en este fallo, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

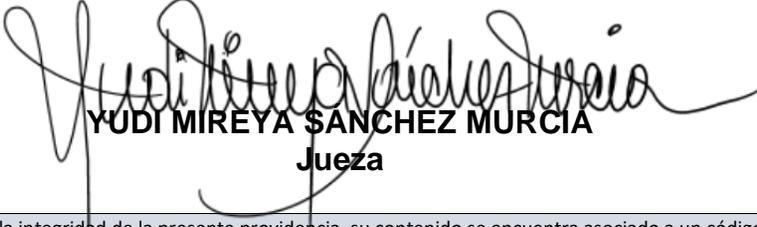
Lo anterior en cumplimiento de lo establecido en el Decreto 806 de 4 de junio de 2020 según el cual se debe preferir el uso de las tecnologías de la información a disposición del despacho para cumplir con las actuaciones procesales.

SÉPTIMO: Contra el presente fallo de tutela procede la impugnación, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato, como lo estipula el artículo 31 ídem.

La impugnación, en caso de ser propuesta se recibirá por medios electrónicos a la cuenta jcmpalfac@cendoj.ramajudicial.gov.co toda vez que conforme a los lineamientos del Consejo Superior de la Judicatura, el trabajo presencial no se encuentra habilitado en la sede judicial.

OCTAVO: En firme esta sentencia y una vez se levante la suspensión de términos para selección de tutelas, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al mandato del artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


YUDI MIREYA SANCHEZ MURCIA
Jueza

Para garantizar la integridad de la presente providencia, su contenido se encuentra asociado a un código HASH.
Cualquier cambio que se realice al documento, generará el cambio del código y por ende la pérdida de integridad de la decisión, lo cual constituye alteración de un documento oficial.