



Facatativá, tres (3) de agosto de dos mil veinte (2.020)

<b>CLASE DE PROCESO:</b>	ACCION DE TUTELA
<b>ACTOR:</b>	MARÍA CAMELO MORENO
<b>ACCIONADO:</b>	AFP PORVENIR S.A.
<b>VINCULADO:</b>	EPS FAMISANAR
<b>RADICACIÓN No:</b>	25269400300120200035700

**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 María Camila Moreno.

**IDENTIFICACIÓN DEL ACCIONADO:**

La acción instaurada es contra AFP Porvenir S.A., mediante auto de 27 de julio de los corrientes se ordenó la vinculación de la EPS FAMISANAR.

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

Considera el accionante, que se vulnera su derecho fundamental a la vida en conexidad con el mínimo vital, la igualdad, a la dignidad humana y a la seguridad social.

**SÍNTESIS DE LOS HECHOS DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL:**

Adujo la accionante que ha estado incapacitada sucesivamente desde el año 2019, por cuanto fue operada por un meningioma Angulo pontocerebeloso, patología que ha disminuido su salud con inestabilidad para andar, en conjunto con otras patologías como son artrosis, diaconarías lumbares múltiples, espondilosis lumbar, y actualmente se encuentra en control y tratamiento con incapacidad.

Indicó que la EPS Famisanar le pago los primeros 180 días, sin embargo a partir de noviembre de 2019 hasta junio de la anualidad el fondo de pensiones Porvenir le ha manifestado vía telefónica a través de sus operadores que no le pagarán las incapacidades por tener pronóstico desfavorable.

Que el 27 de mayo de 2020 radicó una solicitud de pago de incapacidades ante Porvenir, de la cual recibió respuesta el pasado 8 de junio en la que se

indicó que al revisar la base de datos presenta un diagnóstico favorable del 6 de agosto de 2019, y con ello aportar la documentación para el pago de las incapacidades; tal contestación le generó duda, en tanto, el último diagnóstico es desfavorable.

Manifestó que se comunicó con la línea telefónica de Porvenir a fin de solicitar aclaración de la respuesta, para lo cual la operadora le informó que al revisar el sistema aparece un radicado un diagnóstico favorable por parte de la EPS Famisanar y que posteriormente tal entidad radicó 2 oficios en el mes de octubre y diciembre de 2019 con diagnóstico desfavorable, razón por la cual se abstuvo de radicar nuevamente la solicitud de pago, como quiera que obtendría una respuesta negativa al tener diagnóstico desfavorable.

Solicitó a la EPS Famisanar los diagnósticos de los meses de agosto, octubre y diciembre de 2019, y le fue evolucionado únicamente el de diagnóstico desfavorable.

Dijo que antes del mes de noviembre subsistía con el salario que devengaba como operaria en la empresa de flores Las Mercedes, sin embargo, como no percibe ningún pago por la incapacidad, se vio en la necesidad de irse a vivir en compañía de su hija, quién es madre cabeza de hogar; situación que le ha generado cuadros de tristeza y ansiedad al no contar con los recursos económicos para su subsistencia.

Que en el mes de noviembre de 2019, aportó documentación al área de medicina laboral del fondo de pensiones Porvenir, posteriormente la precitada dependencia en el mes de diciembre solicitó otra documentación, y en el mes de junio de los corrientes le notificaron de la calificación de discapacidad en un 35.72%, dictamen que fue apelado y actualmente se encuentra en la segunda evaluación ante la junta regional de invalidez de Bogotá y Cundinamarca.

Dijo que este proceso puede demorar más de 6 meses, y en ese punto dirá el fondo de pensiones que no pagará incapacidad alguna, hasta tanto se defina el puntaje de incapacidad, y mientras que pasa todo ese tiempo, su mínimo vital se está viendo afectado contrariando el ordenamiento jurídico y los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional, donde se ha dicho que los fondos de pensiones deben pagar las incapacidades después de los 180 días sin importar cuál sea el diagnóstico – favorable o desfavorable -.

Allegó con la demanda copias de las certificaciones de la vinculación laboral de la accionante y de su hija, copias de la historia clínica, copias del concepto desfavorable del mes de octubre de 2019, copia de los certificados de incapacidad expedido por Famisanar Eps en los cuales niegan el pago de la incapacidad por ser superior a los 180 días, copia de las peticiones de pago de incapacidad realizadas ante la AFP Porvenir, copia del recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra el dictamen de calificación de la pérdida de capacidad laboral y determinación de invalidez y copia de la respuesta emitida por la AFP Porvenir en la cual informó sobre el concepto favorable y el trámite a seguir para el pago de las incapacidades junto con los documentos que se deben aportar para el efecto, conforme se evidencia en los anexos de la demanda.

## PETICIÓN DE TUTELA

La accionante solicitó como pretensiones, mediante lo siguiente:

*“Decretar a la entidad Porvenir el pago de la totalidad de los meses de noviembre y diciembre año 2019, y las generadas en el año 2020 que comprenden los meses de enero hasta julio, y las que se sigan generando a futuro.”*

## TRÁMITE PROCESAL Y CONTRADICTORIO

La acción fue radicada a través del aplicativo en línea de tutelas y habeas corpus, el día 20 de julio de 2020 – día inhábil -, repartida a este despacho el 23 de julio siguiente y admitida mediante auto del 27 de julio de la anualidad, así mismo, se resolvió sobre la vinculación de los terceros y el decreto de las pruebas.

Integrado el contradictorio y contestada la demanda, ingresó el proceso para proferir la decisión de instancia, el 30 de julio anterior.

## RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS Y OFICIADA

### AFP PORVENIR S.A.

La representante legal judicial de la entidad accionada, manifestó que de conformidad con lo establecido en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, previo al reconocimiento de incapacidades y/o valoración de pérdida de capacidad laboral debe generarse concepto de rehabilitación favorable o desfavorable, según sea el caso.

Indicó que para el presente caso se cuenta con concepto de rehabilitación desfavorable emitido por la EPS, por tanto, no hay derecho a pago de incapacidades por parte de la administradora, debido a que existe **CONCEPTO NO FAVORABLE DE REHABILITACIÓN** (mayúscula de la accionada)

Dijo que el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, refiere que cuando exista concepto favorable de rehabilitación las administradoras de pensiones podrán postergar el trámite de calificación por 360 días posteriores a los 180 días reconocidos por la EPS, evento en el cual se otorgará el subsidio de incapacidad

Por lo anterior, como la accionante cuenta con un **CONCEPTO NO FAVORABLE DE REHABILITACIÓN** no procede postergar el trámite de calificación, y en consecuencia, se debe proceder con la calificación de pérdida

de la capacidad laboral, es decir, no hay derecho a pago de incapacidades. (Mayúscula y negrilla de la AFP)

Dijo que en virtud al concepto de rehabilitación desfavorable, se solicitaron los documentos para proceder con la valoración de pérdida de capacidad laboral; una vez la señora Mariela Camelo Moreno allegó la documentación, se remitió el caso a la compañía de Seguros de Vida Alfa S.A., para que calificara en primera oportunidad y así se verificara el cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, esto es, cuando se considera inválida a una persona para efectos del reconocimiento de dicha pensión.

Así las cosas, el grupo interdisciplinario de la precitada compañía, determinó para el caso de la accionante, un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 35.72% de origen común y como fecha de estructuración el 31 de enero de 2020.

Por lo anterior, señaló el hecho que es necesario tanto de las administradoras del sistema como de las instancias judiciales, el velar por la sostenibilidad del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones, por lo que efectuar pagos sin el cumplimiento de los requisitos se convierte en un detrimento para el sistema; adicionalmente, indicó que la entidad que representa no es una entidad pagadora de incapacidades, por lo que su obligación se ciñe a la de administrar en debida forma los recursos del sistema y a las actuaciones establecidas en el ordenamiento jurídico, obligación que a todas luces se encuentra cumplida en el presente caso, pues se han efectuado todos los trámites en la ley tendientes a definir de fondo la solicitud efectuada por la accionante, siguiendo el conducto regular, por lo que no puede cercenarse el cumplimiento de instancias propias del proceso, con la pretensión de obtener un pago no debido que además atenta contra la sostenibilidad del sistema, de manera que no se ha vulnerado ningún derecho fundamental en cabeza de la accionante.

Resaltó el hecho que solo es procedente por parte de las administradoras de pensión el pago de incapacidades por 360 días posteriores a los primeros 180 días pagados por la EPS, y las incapacidades posteriores al día 540 se encuentran a cargo de la EPS, tal y como se estableció en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

Por lo expuesto, solicitó denegar o declarar improcedente la presente acción de tutela en contra de Porvenir S.A., por cuanto no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante.

### **EPS FAMISANAR**

La directora Sur nodo Facatativá de la EPS accionada, informó que ha autorizado y garantizado todos los servicios que ha requerido el paciente, y que para una mayor precisión indicó que:

*“ (...) la usuaria presentó incapacidad continúa del 01/05/2019 al 21/06/2019 por un total de 418 días; cumplió 180 días el 27/10/2019.*

*Se emitió CRH desfavorable el 08/10/2019, recibido por AFP el 25/10/2019.*

*Presentó interrupción por más de 30 días del 22/06/2020 al 21/07/2020.*

*Presentó incapacidad del 22/07/2020 al 05/08/2020 por 15 días (...)"*

Por lo anterior, adujo que la entidad que representa no está legitimada en la causa, para asumir la responsabilidad de las pretensiones aducidas, por cuanto el pago se encuentra en cabeza de la AFP de la accionante.

Señaló que la Administradora de pensiones será la entidad encargada de cubrir las prestaciones económicas previstas en la ley, una vez cumplidos los 180 días continuos de incapacidad temporal y mientras se produce la calificación de invalidez, se determina el grado de pérdida de capacidad y si hay lugar a reconocimiento de mesada pensional por invalidez.

Dijo que la obligación de cancelar las incapacidades corresponde al Fondo de Pensiones, en este caso a AFP PORVENIR S.A., por lo que ante la ausencia de vulneración o amenaza del derecho fundamental alguno por parte de la EPS y al no existir vínculo contractual con la accionante que haya originado alguna responsabilidad imputable a esa entidad, se está frente a una falta de legitimación en la causa por el extremo pasivo, por ende, las pretensiones planteadas por la activa no están llamadas a prosperar en contra de EPS Famisanar, y solicita la desvinculación de la entidad dentro de la acción.

Finalmente indicó que tampoco podría la EPS se actualmente destinataria de orden alguna respecto de servicios como los que en esta oportunidad el usuario requiere, lo cual implica que el cumplimiento de un posible fallo que emita una orden a la EPS Famisanar no podría ser garantizado por la entidad, lo cual deja sin finalidad u objeto de posibles incidentes de desacato y/o posteriores sanciones, pues se tiene por habido un imposible fáctico y jurídico para la EPS en caso que el Despacho ampare y emita una orden de cumplimiento, pues no puede la entidad que representa actuar en contra de las normas que racionalizan el SGSSS.

Con base en lo expuesto, solicitó desvincular por improcedente la presente acción, por inexistencia de la violación o puesta en peligro de los derechos fundamentales de la accionante por parte de la entidad que agencia, desvincular por falta de legitimación en la causa por el extremo pasivo en cumplimiento de los incisos 5 y 6 del artículo 142 del decreto ley 19 de 2012, que modifica el artículo 41 de la ley 100 de 1993, a su vez modificado por el artículo 52 de la ley 52 de la ley 962 de 2005 y decreto 2463 de 2001 y denegar por improcedente la presente acción por desconocimiento de existencia de otro medio de defensa para solicitar el pago de pretensiones de carácter prestacional.

**Otros informes solicitados:**

**Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca**

El secretario principal de la Sala de decisión N° 1 de la Junta Regional De Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca, indicó que el caso fue remitido a la entidad que representa por solicitud de Seguros de Vida Alfa el 7 de julio de 2020, con el objeto de dirimir la controversia suscitada frente al porcentaje de pérdida de la capacidad laboral determinado en primera oportunidad por la aludida aseguradora.

Que dentro de las funciones encomendadas a las Juntas de Calificación se encuentra la de verificar el cumplimiento de los requisitos mínimos que deben contener los expedientes para ser solicitada la calificación, señalados en el título 5 del Decreto 1072 de 2015.

Dijo que en el momento el caso está en revisión del cumplimiento de los requisitos mínimos. En caso de encontrarlo ajustado, se designará una sala de decisión y un médico ponente, quien será el encargado de estudiar inicialmente el caso, valorar a la paciente y presentar el proyecto de calificación a los demás integrantes de la sala y aprobarse el respectivo dictamen.

En el evento de que el expediente no cumpla con los requisitos señalados anteriormente, se devolverá el mismo otorgando 30 días calendario para que sea subsanada la documentación, so pena de decretar el desistimiento y archivo de la solicitud.

Advirtió que la entidad que representa no está prestando atención al público a partir del 24 de marzo de la anualidad, hasta nueva orden. Así las cosas, solo si los pacientes lo autorizan, se realiza la valoración por telemedicina; de lo contrario, es necesario esperar que se reactiven las actividades para poder efectuar la valoración presencialmente. Igualmente, los colaboradores e integrantes de la entidad en su mayoría, se encuentran realizando las labores bajo la modalidad de trabajo en casa, lo que ocasiona que se generen demoras adicionales en los procesos.

Manifestó que teniendo en cuenta el objeto de la presente acción, la cual va encaminada al reconocimiento de prestaciones económicas, como lo es el pago de incapacidades, circunstancia ajena a las competencias de las juntas de calificación de invalidez, solicitó desvincular a la entidad que representa por cuanto en ningún momento ha vulnerado el derecho fundamental de la accionante y contrario a ello, ha respetado el debido proceso consagrado en la normatividad vigente.

### **PROBLEMA JURÍDICO:**

*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 mes de noviembre de 2019 y hasta la fecha, posteriores a los primeros 180 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 la demandante solicita la protección de los fundamentales al mínimo vital, la igualdad y la dignidad humana por lo que procede el juzgado a analizar sobre la procedencia de la acción en relación con el reconocimiento y pago de las incapacidades expedidas desde el mes de noviembre de 2019 y hasta la fecha.

#### **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 desde el mes de noviembre 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 AFP PORVENIR, entidad de quien la accionante predica la presunta vulneración de sus derechos fundamentales, al no reconocerle y pagarle las incapacidades expedidas desde el mes de noviembre de 2019 a lo que considera tiene derecho. También fue vinculado al trámite FAMISANAR EPS en tanto se adujo que debido a la expedición de concepto desfavorable de rehabilitación se dio la falta de pago de las incapacidades.

No pasa por alto el despacho que PORVENIR no desvirtuó la afiliación de la accionante así como tampoco lo hizo FAMISANAR quienes por el contrario reconocieron que la señora Mariela hace parte de sus beneficiarios de tal forma que éstos actores del sistema general de seguridad social podrían acarrear responsabilidad en los hechos que se narran en la demanda de manera que 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 accionante radicó la acción en el mes de julio de 2020 no obstante solicita el pago de incapacidades que han sido expedidas desde el mes de noviembre de 2019, es decir, desde hace ya más de 9 meses lo que eventualmente podría llevar a considerar que no se cumple con el requisito de inmediatez.

No obstante lo anterior, a juicio del despacho, el término de 9 meses no resulta excesivo si además se considera que la Corte Constitucional en asuntos como el que nos ocupa ha indicado que cuando se trata de vulneración que **permanece en el tiempo** no se vulnera éste principio tal como ocurre en el caso de marras.

Se encuentra entonces acreditado el requisito.

### **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 y en específico, para este caso se advierte que la accionante tiene otro mecanismo de defensa judicial como es el proceso ordinario laboral ante el juez natural, no obstante, es de resaltar que dicho proceso puede extenderse por un lapso que resulta lesivo para el mínimo vital luego entonces, en este momento no tiene otro mecanismo que resulte eficaz para obtener la protección de los derechos que invoca. 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*”<sup>1</sup>.

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*

---

<sup>1</sup> Sentencia T- 064 de 2016 M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez.

*oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza”*

En el presente asunto, se encuentra demostrado que a la accionante le sobrevinieron situaciones derivadas del diagnóstico de diversas patologías de manera que es evidente que los emolumentos derivados de las precitadas incapacidades serían aquellos que le permitirían sobrellevar la vida entre tanto (i) se rehabilita y reintegra al trabajo 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 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 humana<sup>2</sup>, reconocido en el artículo 1º de la Carta como principio fundamental e inspirador de nuestro Estado Social de Derecho<sup>3</sup>.

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 componentes imprescindibles para permitir el goce de una vida en condiciones de dignidad<sup>4</sup>.

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 tutela<sup>5</sup> 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

<sup>2</sup> Ver sentencia T-860 de 1999. MP: Carlos Gaviria Díaz.

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencia T-675 de 2011.

<sup>4</sup> Sentencia T-823 de 2002.

<sup>5</sup> Ver sentencias T— 864 de fecha 3 de Noviembre de 2010 y T-760 del 31 de julio de 2008 entre otras.

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.<sup>6</sup>

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)

### **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.

---

<sup>6</sup> Sentencia T-244 de 2012

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 rehabilitación<sup>7</sup>.

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 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

---

<sup>7</sup> 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.

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**<sup>8</sup>, 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 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*

---

<sup>8</sup> Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018

*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 asegurado<sup>9</sup>. (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 siguiente<sup>10</sup>:

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

<sup>9</sup> Ver sentencia T-246 de 2018

<sup>10</sup> Ídem

## DEL CASO EN CONCRETO

En el sub judice, no existe duda acerca de la afiliación de la accionante tanto a AFP PORVENIR como a EPS FAMISANAR, tampoco existe discrepancia en relación con la incapacidad médico laboral que se ha extendido en el tiempo.

Igualmente, está demostrado que FAMISANAR EPS expidió concepto desfavorable de rehabilitación el 8 de octubre de 2019 recibido por la AFP el 25 de octubre siguiente, así mismo, que AFP PORVENIR remitió los documentos de la accionante a proceso de determinación de pérdida de la capacidad laboral siendo determinado un porcentaje de 35.72% por parte de Seguros de Vida Alfa S.A. derivado de enfermedad de origen común con fecha de estructuración 31 de enero de 2020, porcentaje que no fue aceptado y de contera se remitió a instancia superior para su revisión.

De lo anterior y en contraste con el acervo probatorio se puede extraer también que la calificación de pérdida de capacidad laboral fue remitida el 7 de julio de 2020 a la Junta Regional de Calificación de invalidez en donde aún se encuentra en proceso de revisión inicial de documentos.

Así mismo, conforme explicó FAMISANAR EPS, se tiene que los 180 días de incapacidad continua a la accionante, se cumplieron el 27 de octubre de 2019.

En efecto, la EPS indicó:

*“ (...) la usuaria presentó incapacidad continúa del 01/05/2019 al 21/06/2019 por un total de 418 días; cumplió 180 días el 27/10/2019.*

*Se emitió CRH desfavorable el 08/10/2019, recibido por AFP el 25/10/2019.*

*Presentó interrupción por más de 30 días del 22/06/2020 al 21/07/2020.*

*Presentó incapacidad del 22/07/2020 al 05/08/2020 por 15 días (...)*”

Se colige de lo anterior que la accionante a la fecha se encuentra incapacitada.

En este orden de ideas y en contraste con el marco normativo, se tiene que es a AFP PORVENIR a quien corresponde el pago de las incapacidades expedidas a la accionante a partir del cumplimiento de los 180 días.

Se itera, que en el marco normativo se refirió que si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS, es desfavorable, 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 y que **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.**

Se trata entonces de una situación fáctica que se ajusta a la de a accionante quien al no haber obtenido un concepto de rehabilitación favorable debe acceder a la calificación de la pérdida de su capacidad laboral, proceso que no obsta para seguir recibiendo el pago de las incapacidades que le expidan pues es este entendimiento de la norma, el que favorece la protección del mínimo vital de quien **se resalta** ha cotizado al sistema general de riesgos laborales y por ende, tiene derecho a que el acaecimiento de una de las contingencias protegidas por éste se encuentre cubierta por el mismo sistema.

Contrario a lo expresado por AFP PORVENIR, esta situación no afecta el principio de sostenibilidad del sistema, el sistema está establecido para la protección de estos supuestos y corresponde al Estado proteger los fines constitucionales a través de la materialización de las normas de protección a quien se encuentra en estado de debilidad manifiesta por su estado de salud.

Sobran entonces, consideraciones para concluir que deben impartirse las órdenes necesarias para conjurar la vulneración del derecho al mínimo vital de la señora Mariela Camelo, consistentes en el pago a cargo de AFP PORVENIR de las incapacidades que se expidieron desde el día 180 en adelante y hasta el día 540, de allí en adelante y conforme al marco normativo, será de cargo de la EPS FAMISAR el pago de las incapacidades que se expidan.

En este punto, hay que señalar que FAMISANAR EPS a la fecha, no ha trasgredido los fundamentales de la accionante de manera que aún cuando está vinculada al trámite no se impartirán órdenes para el pago de incapacidades después de los 540 días pues hacerlo presupondría la omisión y mala fe de la EPS lo cual no atiende el debido proceso pues dicho supuesto no ha acaecido máxime si se tiene en cuenta que a la fecha, la determinación de la pérdida de la capacidad laboral se encuentra en curso.

Finalmente, hay que señalar que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, no fue vinculada al presente trámite constitucional de manera que no es del caso acceder a su solicitud de desvinculación.

Por lo anteriormente 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 Mariela Camelo Moreno vulnerado por AFP PORVENIR conforme a lo anteriormente expuesto.

**SEGUNDO: Ordenar** al Presidente de AFP PORVENIR 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 reconocer y pagar a la accionante las incapacidades médico laborales que le han sido expedidas desde el mes de noviembre de 2019 y hasta la fecha sin exceder de 540 días.

**TERCERO: Prevenir** a la AFP PORVENIR 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 comprendidas entre los 180 y los 540 días.

**CUARTO: Desvincular** del presente trámite constitucional a FAMISANAR EPS conforme a lo anteriormente expuesto.

**QUINTO: 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.**

**SEXTO:** 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](mailto:jcmpalfac@cendoj.ramajudicial.gov.co)**

**SÉPTIMO:** 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 SÁNCHEZ MURCIA**  
Jueza

**Firmado Por:**

**YUDI MIREYA SANCHEZ MURCIA  
JUEZ MUNICIPAL  
JUZGADO 001 CIVIL MUNICIPAL DE FACATATIVA**

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:

**fc7dc0374e7b8ffd58ea211e184023352dc4046da32def14b51db624bb5fce9e**

Documento generado en 03/08/2020 03:43:31 p.m.