

**JUZGADO ONCE MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES
DE BOGOTÁ D.C.**



ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001 41 05 011 2021 00423 00
ACCIONANTE: YOHAIIRA OLIVIA RAMÍREZ
DEMANDADO: FAMISANAR EPS, AFP PROTECCIÓN S.A.

S E N T E N C I A

En Bogotá D.C., a los catorce (14) días del mes de julio de dos mil veintiuno (2021) y vencido el término legal concedido a las accionadas para contestar, procede este Despacho judicial a decidir la Acción de Tutela instaurada por **YOHAIIRA OLIVIA RAMÍREZ** contra **FAMISANAR EPS, AFP PROTECCIÓN S.A.**, en los términos y para los fines concebidos en el escrito de solicitud de amparo constitucional obrante en las páginas 185 a 192 del expediente digital.

ANTECEDENTES

YOHAIIRA OLIVIA RAMÍREZ quien actúa a través de apoderado judicial, promovió acción de tutela en contra de **FAMISANAR EPS, AFP PROTECCIÓN S.A.**, con la finalidad de que se protejan sus derechos fundamentales al mínimo vital, salud, seguridad social, dignidad humana y vida en condiciones dignas. En consecuencia, solicita que se ordene a la accionada el reconocimiento y pago de las incapacidades que se adeudan con el interés correspondiente, y, hasta tanto se defina una situación de discapacidad laboral y/o el reconocimiento y pago de la primera mesada pensional.

Así mismo, solicita que se ordene al **MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCIÓN SOCIAL** y la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**, adelantar trámites administrativos sancionatorios en contra de las entidades accionadas por el incumplimiento de sus obligaciones.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que labora al servicio de la sociedad Sunshine Bouquet S.A. desde el año 2011, desde hace varios años padece diversas patologías que han afectado su estado de salud, razón por la cual, cuenta con registro de incapacidades medicas desde el mes de agosto del año 2017 a la fecha.

Señala que, las prestaciones económicas concedidas durante los primeros 180 días fueron debidamente canceladas por la EPS Famisanar por el diagnostico medico "*Síndrome de Manguito rotatorio*", el cual fue calificado inicialmente como una enfermedad de origen laboral, pero que luego fue calificada de origen común, por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en dictamen de fecha 24 de septiembre de 2020, al igual que las patologías "*Dx EPICONDILITIS LATERAL BILATERAL M-771, EPICONDILITIS MEDIA BILATERAL M-770, EPICONDILITIS DE FLEXORES DEL CARPO BILATERAL M-658*".

Conforme a lo expuesto, aduce que, en primera oportunidad la entidad que cancelaba las prestaciones era la Administradora de Riesgos Laborales, pero luego del dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación Invalidez, se suspendió el pago y fue asumido por la EPS Famisanar.

Así las cosas, y como quiera que, la entidad encargada de cancelar los subsidios a partir del día 181 es la AFP accionada, en calenda del 20 de abril del año 2021 se requirió el pago de las mismas aclarando que, las prestaciones fueron otorgadas por la patología "*Síndrome de Manguito rotatorio*" calificado de origen común conforme a lo dispuesto por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez; sin embargo, la solicitud fue negada por la Administradora de Fondo de Pensiones al precisar que la enfermedad es de origen laboral.

En consecuencia, informa que, en data de 13 de mayo de la presente anualidad, solicito a su empleador el pago de las incapacidades; sin embargo, se el informo que, dicha competencia corresponde a la Entidad Prestadora del Servicio de Salud, situación que vulnera sus derechos fundamentales, máxime cuando, no devenga ingreso alguno que le permita sufragar sus gastos y, conforme a su estado de salud no puede laborar; razón por la cual, interpone la acción constitucional al ser este el medio de defensa más idóneo y eficaz para proteger sus prerrogativas constitucionales y evitar un perjuicio irremediable.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Notificadas en debida forma, y corrido el traslado correspondiente, las accionadas procedieron a dar contestación a la presente acción de la siguiente manera:

- **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ (págs. 208 a 212)**, señaló que, mediante dictamen No 52358401-7892 del 29 de noviembre de 2019, la entidad calificó los diagnósticos epicondilitis lateral bilateral, epicondilitis media bilateral, tendinitis de flexores del carpo bilateral, síndrome de manguito rotatorio derecho de origen enfermedad laboral.

Contra el aludido dictamen, la ARL AXA Colpatria interpuso los recursos de reposición y en subsidio de apelación, al estar en desacuerdo con el porcentaje asignado; razón por la cual, se resolvió el recurso de reposición confirmando el dictamen inicial.

Así las cosas, y como quiera que se interpuso en forma subsidiaria el recurso de apelación, se remitió el expediente a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, entidad que emitió el dictamen No. 52358401-29447 del 24 de septiembre de 2020, modificando la calificación proferida por la Junta Regional y en su lugar señalando los diagnósticos epicondilitis lateral bilateral, epicondilitis media bilateral, tendinitis de flexores del carpo bilateral de origen Enfermedad Laboral y el diagnóstico síndrome de manguito rotatorio derecho de origen Enfermedad Común.

- **C.I. SUNSHINE BOUQUET S.A.S. (págs. 213 a 259)**, solicita que sea declarada como improcedente la acción constitucional frente a cualquier

responsabilidad endilgada a la entidad por falta de legitimación en la causa por pasiva, máxime cuando, las entidades encargadas del reconocimiento y pago de las prestaciones económicas corresponden a aquellas que componen el Sistema de Seguridad Social.

Respecto al derecho de petición, señalo que, fue recibido en calenda del 29 de mayo de 2021, y resuelto el 02 de junio la misma anualidad con el fin de informar a la accionante acerca de los documentos requeridos por la EPS accionada, sin que se hubiesen allegado los mismos con el fin de gestionar los pagos.

- **AFP PROTECCIÓN (págs. 260 a 273)**, expuso que, la gestora presenta afiliación al fondo de pensiones obligatorias desde el 01 de enero de 2012.

Así mismo que, una vez revisadas las bases de datos de la entidad no se encontró radicación formal en la que se solicite valoración médico laboral o pago de alguna prestación económica derivada de alguno de los riesgos cubiertos por el Sistema General de Pensiones.

Aduce que, conoce acerca del dictamen emitido en primera oportunidad por la EPS Famisanar de fecha 13 de mayo de 2017 en el que se calificaron las patologías de la accionante como de origen laboral, confirmado en data del mes de noviembre de 2019 por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá; así como, del dictamen por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en el que se determinó que el diagnóstico síndrome de manguito rotario es de origen común y las demás patologías de la actora de origen laboral.

Conforme a lo expuesto, considera que las pretensiones en la acción no están llamadas a prosperar; toda vez que se encuentra demostrado que la entidad no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante.

- **FAMISANAR EPS (págs. 274 a 291)**, indicó que, la accionante reporta estado de afiliación activo en calidad de cotizante, quien, cuenta con incapacidad continua del 11/09/2019 al 10/03/2020 para un total 629 días de los cuales:

*"Cumplió 180 días el 10/03/2020 las cuales **YA ESTÁN PAGADOS EN SU TOTALIDAD***

*El usuario cumplió 540 días el 05/03/2021, teniendo en cuenta lo anterior las incapacidades del **11/03/2020 al 05/03/2021 se encuentran a cargo del FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A.***

Teniendo en cuenta lo anterior FAMISANAR EPS realizó el pago de las incapacidades que le competen según la normatividad legal vigente, motivo por el cual las incapacidades desde el día 181 hasta el día 540 el pago le corresponde a PROTECCIÓN.

Se emitió CRHB Favorable notificado a PROTECCIÓN".

De otra parte, respecto al reconocimiento y pago de las incapacidades superiores a los 540 días, manifiesta que es necesario que la accionante

realice la solicitud ante la entidad, adjuntando por única vez la siguiente documentación:

- Certificado de pago de incapacidades emitido por el Fondo de Pensiones. (Para evitar pagos dobles).*
- Carta del Fondo de Pensiones donde remite el caso del usuario a la EPS.*
- Calificación de pérdida de capacidad laboral. (Obligatoriamente)*
- Copia de la historia clínica de los especialistas de los últimos seis meses*
- Copia de la historia clínica que soporta la Incapacidad tramitada”.*

Conforme a lo expuesto, solicita que se denieguen las pretensiones de la acción al no existir derecho fundamental vulnerado por la entidad, se ordene a la AFP accionada a realizar el reconocimiento y pago de las incapacidades superiores al día 180 como lo dispone la normatividad vigente hasta el día 540 días es decir las incapacidades del **11/03/2020 al 05/03/2021**, y se inste a la gestora a radicar la documentación requerida ante la EPS conforme lo dispone la normatividad vigente, con el fin de validar el pago de las prestaciones que le corresponden.

- **ARL AXA COLPATRIA (págs. 292 a 331)**, aduce que, la actora se encuentra afiliada a la entidad a través del empleador Sunshine Bouquet SAS desde el 01 de agosto de 2013.

Así mismo que, una vez revisadas las bases de datos, se evidenció que se reportó presunta enfermedad laboral en data del 13 de mayo de 2017 y accidente de 10 de febrero de 2012; ante lo cual, la Sra. Ramírez fue calificada por la Junta Nacional de Calificación por un diagnóstico de origen común; razón por la cual, no se presente acción u omisión alguna endilgada a la entidad en la trasgresión de los derechos fundamentales que se alegan como trasgredidos en el escrito tutelar. Solicita ser desvinculada de la acción constitucional.

Conforme a las pretensiones de la gestora y en aras de evitar una futura nulidad, en auto que data del **trece (13) de julio del año dos mil veintiuno (2021)**, se dispuso vincular a las entidades **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES (págs. 332 y 333)**.

- **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES (págs. 338 a 344)**, solicito ser desvinculada de la acción constitucional por carecer de legitimación en la causa por pasiva para pronunciarse frente a los hechos expuestos.

Notificadas en debida forma, y corrido el traslado correspondiente, las vinculadas **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, ASOCIACIÓN DE AMIGOS CONTRA EL CÁNCER – PROSEGUIR y MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, guardaron silencio frente a la acción de tutela de la referencia, aun cuando las debidas notificaciones fueron enviadas a los correos electrónicos de notificación judicial de las entidades, tal y como da cuenta la documental obrante en el plenario.

CONSIDERACIONES

Conforme al Artículo 86 de la Constitución Política, encontramos que la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades y excepcionalmente de los particulares cuando estos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona que se encuentre en estado de subordinación o indefensión, a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

Teniendo en cuenta la petición de tutela, el Despacho encuentra que el problema jurídico se centra en determinar sobre quien recae la obligación al pago de las incapacidades dejadas de percibir por la accionante.

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Conforme a lo expuesto por las partes, tanto en el escrito tutelar como en la contestación al mismo, en este caso, esta Sede Judicial se adentra resolver si ¿existe vulneración de los derechos fundamentales de la gestora, cuando no le son reconocidas ni canceladas las incapacidades médicas otorgadas por su médico tratante por los entes que conforman el Sistema de Seguridad Social?

Así mismo, se resolverá, si es procedente la acción constitucional para ordenar a las entidades que correspondan, además del reconocimiento y pago de los subsidios por incapacidad, la cancelación de intereses.

Finalmente, se determinará si es procedente ordenar al **MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCIÓN SOCIAL y la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**, adelantar trámites administrativos sancionatorios en contra de las entidades accionadas por el incumplimiento de sus obligaciones.

PROCEDENCIA EXCEPCIONALMENTE DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES

En la misma línea, reiteradamente se ha señalado que la acción de tutela no es procedente para el reconocimiento y pago de acreencias laborales. No obstante, el pago de incapacidades es procedente excepcionalmente debido a que ese emolumento sustituye el salario durante el tiempo en el cual el trabajador se encuentra involuntariamente al margen de sus labores, es decir que el mismo se encuentra directamente ligado con a la garantía de los derechos al mínimo vital y a la vida digna.

"3.1. La Constitución Política en su artículo 49 establece la garantía para que todos los ciudadanos accedan a los servicios de promoción, protección, prevención, rehabilitación y recuperación de la salud, cuando la misma se ha visto mermada con ocasión del desarrollo de actividades laborales generando como consecuencia las denominadas incapacidades laborales.

3.2. De igual manera, esta Corporación ha señalado reiteradamente que las sumas de dinero reconocidas como subsidio por incapacidad vienen a sustituir el salario durante el lapso en el cual el trabajador se encuentra al margen de sus labores,

constituyendo la garantía necesaria para que su recuperación transcurra de manera tranquila al no tener que preocuparse por la procura de los ingresos necesarios para el sostenimiento personal o de su grupo familiar, garantizando su subsistencia en condiciones dignas, (artículo 53 de la Carta Política). En materia de procedencia de la tutela para el reconocimiento de esta prestación, en la sentencia T-684 de 2010, se compilaron las siguientes subreglas:

"La jurisprudencia constitucional igualmente ha fijado unos criterios que deben tenerse en cuenta para que el reconocimiento de incapacidades laborales sea procedente a través de la acción de tutela, los cuales son:

- i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores[24], cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar;*
- ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia[25]; y*
- iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta[26]."*

Así las cosas, en desarrollo jurisprudencial, la H. Corte Constitucional ha señalado de manera reiterada respecto de las incapacidades de origen común que:

5.1.2 Incapacidades por enfermedad de origen común

*De acuerdo con las disposiciones legales que regulan la materia, dependiendo del tiempo de duración de la incapacidad, la remuneración recibida durante ese lapso podrá ser denominada **auxilio económico**¹ si se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma, o **subsidio de incapacidad**² si se trata del día 181 en adelante. La obligación del pago de incapacidades está distribuida de la siguiente manera:*

i. Entre el día 1 y 2 está a cargo del empleador según lo establecido en el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013.³

ii. Entre el día 3 y 180 a cargo de la EPS según el mismo decreto.

iii. Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52⁴ de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.⁵

... Sobre la base de lo previsto en la Ley 1753 del 2015, el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común tiene actualmente las siguientes fases y encargados:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
<i>Día 1 a 2</i>	<i>Empleador</i>	<i>Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013</i>
<i>Día 3 a 180</i>	<i>EPS</i>	<i>Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013</i>
<i>Día 181 hasta un</i>	<i>Fondo de Pensiones</i>	<i>Artículo 52 de la Ley 962 de 2005</i>

¹ Código Sustantivo del Trabajo, artículo 227.

² Decreto 2463 de 2001, artículo 23.

³ El Decreto 2943 de 2013 modifica el párrafo 1 del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 que establecía que la obligación del empleador era pagar los primeros 3 días de incapacidades originadas por enfermedad general.

⁴ Este artículo modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

⁵ Este concepto debe emitirse antes del vencimiento de los primeros 150 días de incapacidad. Si la EPS no cumple esta obligación, deberá asumir el pago de las incapacidades posteriores a los 180 días, hasta que emita el concepto.

plazo de 540 días		
Día 541 en adelante	EPS⁶	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en relación con este tema ha establecido que el origen de la incapacidad determina la hoja de ruta para establecer con claridad cuál es la entidad, bien sea que pertenezca al Sistema General de Seguridad Social en Salud o al Sistema General de Riesgos Laborales, que tiene la obligación de pagar las incapacidades, en concordancia con las diferentes reglas temporales que operan en los casos de enfermedades de origen común.

Ahora bien, aun cuando el desarrollo normativo y jurisprudencial previo al año 2015, daba cuenta de la existencia de un déficit de protección para incapacidades que superaran los 540 días consecutivos, esta Sala encuentra que tal circunstancia ha sido satisfecha por el artículo 67 de la Ley 1573 de 2015, al menos mientras se encuentre vigente el Plan Nacional de Desarrollo...” (T-200/17)

RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDO DE PENSIONES – AFP EN EL PAGO DEL SUBSIDIO POR INCAPACIDAD LABORAL.

Ahora bien, en lo relativo a que la Administradora de Fondo de Pensiones argumente el no reconocimiento de las incapacidades, aduciendo que no es ella, sino su aseguradora, la encargada de pagar el subsidio, en ese orden procede esta Sede Judicial.

Es oportuno mencionar la responsabilidad en el pago del subsidio por incapacidad superior a los primeros 180 días, serán de cargo de la Administradora de Fondo de Pensiones según la Ley 100 de 1993 y las reglas jurisprudenciales trazadas sobre la materia, independientemente de los seguros previsionales contratados por estas, o asuntos contractuales que se llegaren a presentar.

Lo anterior, porque la jurisprudencia constitucional ha eliminado la imposición de trámites adicionales a los contemplados en el marco normativo que regula el procedimiento para reconocer y pagar las incapacidades y ha reprochado que las entidades que retrasan el pago de dichas incapacidades lo hagan con base en discusiones relativas a su responsabilidad en el cubrimiento de la prestación.

No puede tolerarse por ningún motivo que el afiliado sea quien tenga que soportar, los efectos de esas controversias, mucho menos cuando existe certeza sobre su derecho, no puede inmiscuirse al afiliado en disputas que no le competen y que, en cualquier caso, pueden poner en riesgo sus condiciones mínimas de existencia.

Lo que importa en estos casos, es privilegiar la protección de las garantías mínimas de quienes se ven temporalmente despojados de sus ingresos básicos por cuestiones de salud sobre las controversias de índole contractual que puedan presentarse en relación con la responsabilidad de los actores del Sistema General de Seguridad Social en el reconocimiento y pago de esas prestaciones.

⁶ La EPS podrá perseguir el pago de dichas incapacidades ante la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, según el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

Sobre el particular la Corte Constitucional atemperó:

"...Tales argumentos, lejos de justificar el proceder de la AFP demandada, reflejan su absoluta indolencia con la difícil situación que estaba soportando el señor Bautista al verse aquejado por una enfermedad catastrófica e implican un total desconocimiento de los principios constitucionales de universalidad, eficiencia y solidaridad intrínsecos al derecho irrenunciable a la seguridad social; de las obligaciones que el legislador les impuso a las instituciones encargadas de garantizar la cobertura de las prestaciones económicas del SGSSI y de la jurisprudencia constitucional que ha prevenido a los actores del sistema sobre la imposibilidad de evadir sus obligaciones escudándose en disputas administrativas que en nada incumben a sus afiliados.

No es cierto que las aseguradoras sean las llamadas a pagar las incapacidades laborales subsiguientes a los primeros 180 días de incapacidad ni, mucho menos, que el pago del subsidio esté sujeto a que den su autorización al respecto. Tampoco, que sean ellas las encargadas de "postergar la calificación" de la pérdida de la capacidad laboral de los afiliados.

El Decreto 2463 de 2001 señala, con toda claridad, que es a las AFP a las que les corresponde "postergar el trámite de calificación ante las juntas de calificación de invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal otorgada por la entidad promotora de salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador", cuando este sufra un accidente o enfermedad común y exista concepto favorable de rehabilitación.

Y si bien la norma vinculaba la posibilidad de postergar el trámite de calificación de la invalidez y el pago del subsidio con la "autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente", tal previsión no conducía a supeditar la cancelación efectiva de las incapacidades a lo que sobre el particular decidiera una compañía que es totalmente ajena a la relación que mantienen los afiliados al SGSSI con sus fondos de pensiones.

Pretender que la alusión a la referida autorización exima a las AFP de gestionar el pago oportuno de una incapacidad laboral denota, por eso, una auténtica trasgresión del régimen jurídico y de los lineamientos que ha fijado esta corporación al pronunciarse sobre la responsabilidad de las AFP en el cubrimiento de las contingencias económicas y de salud de los afiliados al SGSSI.

De todas maneras, cualquier controversia que pudiera presentarse en este sentido quedó superada tras la entrada en vigencia del Decreto 19 de 2012, que, como se indicó en líneas anteriores, modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, al señalar que las AFP postergarán el trámite de calificación de la invalidez otorgando un subsidio equivalente a la incapacidad que disfrutaba el trabajador, ya no con la "autorización de la aseguradora (...)", sino "con cargo" al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social que lo expidió.

Sobre todo, la Sala encuentra censurable que la AFP difiera indefinidamente el cumplimiento de sus obligaciones amparándose en el alcance que arbitrariamente le atribuyó a ciertas disposiciones legales, pero reproche, al mismo tiempo, que el Gobierno no haya establecido una fuente de financiamiento para el pago de las incapacidades laborales, pese a que "desde el punto de vista jurisprudencial, se ha determinado que son los fondos de pensiones los responsables del pago y en qué condiciones lo deben hacer", llegando a reclamar, incluso, la vinculación del Ministerio de la Protección Social con el objeto de que este autorizara al Fosyga a reembolsar los recursos que tendría que destinar a atender el pago de incapacidades posteriores a los 180 días reconocidos por las EPS.

Esas afirmaciones, que resultan totalmente ajenas al debate intrínseco a la acción de tutela, confirman que la accionada estaba al tanto de sus obligaciones en relación

con el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales que superan los 180 días y, pese a ello, retrasó injustificadamente el pago de aquellas a las que el señor Bautista tenía derecho, sin reparar en los efectos adversos que dicha decisión tendría sobre los derechos fundamentales del accionante.

5.11. Tal falta de consideración resulta inadmisibles desde la óptica de los amplios precedentes constitucionales que propugnan por la atención oportuna de quienes sufren una incapacidad laboral y por su acceso efectivo a las prerrogativas que el ordenamiento jurídico consagró para propiciar su total recuperación.”

SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES CUANDO EXISTE CONCEPTO FAVORABLE O DESFAVORABLE DE REHABILITACIÓN.

La Corte Constitucional ha sido enfática al indicar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador⁷, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.

Respecto del concepto favorable de rehabilitación conviene señalar que, conforme lo previsto en el Decreto Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de la incapacidad temporal. y posterior a su expedición deben remitirlo antes del día 150 a la AFP que corresponda. No obstante, en los eventos en que no se cumpla con estos plazos, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días deberá ser asumida desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

Cuando existe concepto favorable o desfavorable de recuperación, ello constituye una determinación médica que establecen las condiciones de salud del trabajador y su expectativa frente a una recuperación de su capacidad para laboral en tanto que determina la disminución ocupacional del trabajador optando por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador o no.

Si bien el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, hace alusión a dicho concepto e indica que el objetivo de dicha norma es el equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del sistema. Por tanto, se otorga un margen de espera y propende por evitar que se tenga por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio económico por incapacidad. Durante este período, el Legislador dispuso que los subsidios de incapacidad estuvieran a cargo de las AFP, sin que el concepto sobre de la rehabilitación se haya impuesto como una condición sine qua non para el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico.

Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. Dicho deber es aún más apremiante cuando ya transcurrieron los primeros 180 días de incapacidad. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto

⁷ Ver entre otras las sentencias T-097 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-698 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo; T-333 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-485 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación debe efectuarse y promoverse por las AFP hasta agotar las instancias del caso⁸.

Así mismo, de acuerdo con la normativa citada, el fondo de pensiones 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*", una vez disponga del concepto favorable de rehabilitación. Sin embargo, 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.

Ahora bien, como resultada dicho concepto es posible que se determine una pérdida de capacidad laboral inferior o superior al 50%. En dicho evento, por lo que ello determinará la reincorporación del trabajador a su vida laboral o una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral; en trámite de la calificación y recursos puede pasar un tiempo considerable que afectaría no solo la estabilidad médica del trabajador sino también su tranquilidad por no contar con un mínimo vital que le permita recuperarse o no de sus patologías. Al respecto, es importante señalar que la norma **no prevé expresamente** que la entidad que tiene a cargo los subsidios de incapacidad posteriores al día 180 cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación. No obstante, la Jurisprudencia Construccional ha sido enfática al recalcar que las entidades del SGSS tiene la obligación legal de asumir el subsidio de incapacidad en estos casos pues la indeterminación legal y el trámite administrativo de ninguna manera es una carga atribuible al afiliado quien se encuentra en situación de vulnerabilidad debido a sus condiciones de salud, por lo que debe advertirse apenas necesario la necesidad del reconocimiento de las nombradas prestaciones económicas.

CASO EN CONCRETO

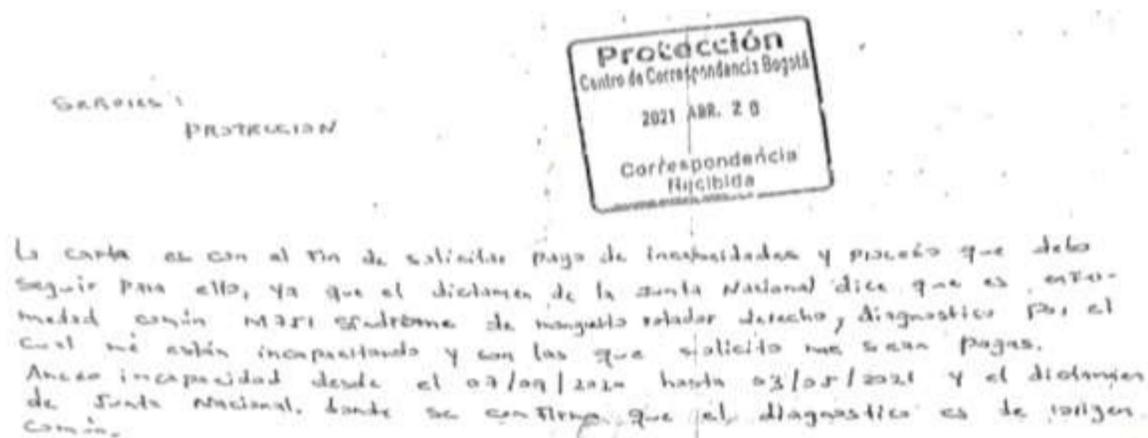
Conforme a lo expuesto por el petente en el escrito tutelar, esta Sede Judicial se dispone a resolver, si a **YOHAIIRA OLIVIA RAMÍREZ** le han sido vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, salud, seguridad social, dignidad humana y vida en condiciones dignas; por la supuesta negativa por parte de **FAMISANAR EPS y la AFP PROTECCIÓN S.A.**, de reconocer y cancelar las incapacidades concedidas con posterioridad al día 180.

Así las cosas, se ha de precisar que, de lo expuesto por la accionante y la contestación allegada por la **EPS FAMISANAR (págs. 274 a 291)**, le fueron canceladas pro la entidad, las incapacidades comprendidas hasta el día 180; esto es, hasta el **10 de marzo del año 2020**, tal y como se puede corroborar en la documental visible en las **págs. 289 y 290**.

De otra parte, la **AFP PROTECCIÓN**, señaló que una vez revisadas las bases de datos de la entidad no se encontró solicitud alguna por parte de **YOHAIIRA OLIVIA RAMÍREZ** en la que pretenda valoración médico laboral o el pago de prestaciones económicas derivadas de alguno de los riesgos cubiertos por el Sistema General en Pensiones, manifestación que no es de recibo para esta Sede Judicial, pues, en data del **veinte (20) de abril de la presente anualidad** la

⁸ Sentencia T-419 de 2015, M.P. Myriam Ávila Roldán.

gestora radico solicitud en la que pretendió el pago de sus incapacidades (**pág. 66**), tal y como se evidencia a continuación:



En consecuencia, la AFP emitió contestación en la que negó el reconocimiento y pago de las prestaciones, al señalar que el origen del diagnóstico de la actora; esto es, el M751, obedecía a una enfermedad de origen laboral, situación que, nuevamente desconoce la entidad, pues, conforme al Dictamen No. 52358401-29447 expedido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el Síndrome de Manguito Rotatorio fue calificado como enfermedad de origen común (**págs. 318 a 328**), veamos:

7. Concepto final del dictamen				
Diagnósticos y origen				
CIE-10	Diagnóstico	Diagnóstico específico	Fecha	Origen
M771	Epicondilitis lateral	bilateral		Enfermedad laboral
M770	Epicondilitis media	bilateral		Enfermedad laboral
M658	Otras sinovitis y tenosinovitis	Bilateral		Enfermedad laboral
M751	Síndrome de manguito rotatorio	derecho		Enfermedad común

8. Grupo calificador	
 Edgar Humberto Velandía Bacca Médico ponente Médico 118060/1992	Firmado digitalmente por EDGAR HUMBERTO VELANDIA BACCA Fecha: 2020.09.24 14:49:42 -05'00'
 Emilio Luis Vargas Pajaro Médico 1223/1994	Firmado digitalmente por EMILIO LUIS VARGAS PAJARO Fecha: 2020.09.24 16:46:42 -05'00'
 Luz Elena Cordero Villamizar Psicóloga 120662	Firmado digitalmente por LUZ ELENA CORDERO VILLAMIZAR Fecha: 2020.09.24 11:48:52 -05'00'

Lo anterior, para significar que la **AFP PROTECCIÓN** ha sido negligente en el reconocimiento y pago de las incapacidades concedidas a **YOHAIIRA OLIVIA RAMÍREZ** por el periodo comprendido entre el **once (11) de marzo del año dos mil veinte (2020) y el cinco (05) de marzo del año dos mil veintiuno (2021)**; esto es, fecha en la cual se cumplen los 540 días de incapacidad conforme al certificado emitido por la EPS Famisanar (**págs. 289 a 291**), encontrando que las prestaciones adeudadas corresponden a las siguientes:

N° Incapac.	Fecha Inicial	Fecha Final	Cód. Diag.	N° Dias Incap.
-------------	---------------	-------------	------------	----------------

ACCIÓN DE TUTELA RADICACIÓN No. 11001 41 05 011 2021 00423 00
DE: YOHAIIRA OLIVIA RAMÍREZ
CONTRA: FAMISANAR EPS, AFP PROTECCIÓN S.A.

0007578197	11/03/2020	09/04/2020	M751	30
0007618563	10/04/2020	08/05/2020	M751	30
0007618610	10/05/2020	08/06/2020	M751	30
0007621411	09/06/2020	08/07/2020	M751	30
0007621414	09/07/2020	07/08/2020	M751	30
0007733487	08/08/2020	06/09/2020	M751	30
0007746894	07/09/2020	06/10/2020	M751	30
0007746898	07/10/2020	05/11/2020	M751	30
0007910548	06/11/2020	05/12/2020	M751	30
0007910558	06/12/2020	04/01/2021	M751	30
0007910568	05/01/2021	03/02/2021	M751	30
0008105314	04/02/2021	05/03/2021	M751	30

Conforme a lo expuesto, al verificar que a la gestora no se le ha cancelado las prestaciones económicas en cita, y en aras de garantizar los derechos fundamentales al mínimo vital en conexidad con la vida, salud, seguridad social y la vida digna de la Sra. Ramírez, al no percibir ingreso que le permita sufragar sus gastos básicos, situación que no fue controvertida por la accionada o las entidades vinculadas, ni mucho menos fueron aportadas pruebas que desvirtuaran lo contrario, se ordenará a la **AFP PROTECCIÓN** a través de su representante legal o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes contados a partir de la notificación de ésta providencia, cancele a **YOHAIIRA OLIVIA RAMÍREZ**, las incapacidades No. **7578197, 7618563, 7618610, 7621411, 7621414, 7733487, 7746894, 7746898, 7910548, 7910558, 7910568 y 8105314**, por el periodo comprendido entre el **once (11) de marzo del año dos mil veinte (2020) y el cinco (05) de marzo del año dos mil veintiuno (2021)**.

De otra parte, se evidencia que, con posterioridad al día 540; esto es, desde el **seis (06) de marzo del año en curso**, se le han concedido a la gestora 5 incapacidades más, tal y como se puede observar a continuación:

N° Incapac.	Fecha Inicial	Fecha Final	Cód. Diag.	N° Dias Incap.
0008105322	06/03/2021	03/04/2021	M751	29
0008105333	04/04/2021	03/05/2021	M751	30
0008105341	04/05/2021	02/06/2021	M751	30

Así como, las incapacidades concedidas por la Asociación de Amigos contra el Cáncer – PROSEGUIR, que no se encuentran transcritas ante la EPS accionada (**págs. 58 y 59**); esto es:

ACCIÓN DE TUTELA RADICACIÓN No. 11001 41 05 011 2021 00423 00
DE: YOHAIIRA OLIVIA RAMÍREZ
CONTRA: FAMISANAR EPS, AFP PROTECCIÓN S.A.

INCAPACIDADES
ASOCIACION DE AMIGOS CONTRA EL CANCER PROSEGUIR
NIT. 830090073
Dir. AV CALLE 22 No. 15-31 - Tel. 2855432

Registro de Calidad:
Fecha Historia: 29/06/2021 07:57:18a.m.
Lugar y Fecha: TEUSAQUILLO, BOGOTÁ D.C. 29/06/2021 07:57:18a.m.
Documento y Nombre del Paciente: Paciente: 52358401 YOHAIIRA OLIVIA RAMIREZ
Administradora: ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR S.A.S. - Causante: CIRUGIA2016 Tipo de Usuario: COTIZANTE A.
No Historia: 52358401 Incapacidad N°: 13.799

Causa Externa: ENFERMEDAD GENERAL
Descripción: PACIENTE EN POSOPERATORIO DE CIRUGÍA DE REVISIÓN DE REPARACIÓN ANTRÓPOPLASTIA DE MANQUITO RESOLVIDO HOMBRO DERECHO PRESENTA DOLOR CERVICAL CON SÍNDROME DOLOROSO REGIONAL COMPLEJO Y LIMITACIÓN FUNCIONAL PARA ACTIVIDADES DIARIAS BÁSICAS Y LABORALES.
Fecha de Inicio: 03/06/2021 Fecha de Terminación: 03/07/2021
Días: 30 (TREINTA DIAS) Prorroga: 0

DX Principal: M751 SÍNDROME DE MANQUITO ROTATORIO
Tipo de DX Principal: IMPRESION DIAGNÓSTICA

INCAPACIDADES
ASOCIACION DE AMIGOS CONTRA EL CANCER PROSEGUIR
NIT. 830090073
Dir. AV CALLE 22 No. 15-31 - Tel. 2855432

Registro de Calidad:
Fecha Historia: 29/06/2021 08:06:01a.m.
Lugar y Fecha: TEUSAQUILLO, BOGOTÁ D.C. 29/06/2021 08:06:01a.m.
Documento y Nombre del Paciente: Paciente: 52358401 YOHAIIRA OLIVIA RAMIREZ
Administradora: ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR S.A.S. - Causante: CIRUGIA2016 Tipo de Usuario: COTIZANTE A.
No Historia: 52358401 Incapacidad N°: 13.800

Causa Externa: ENFERMEDAD GENERAL
Descripción: PACIENTE EN POSOPERATORIO DE CIRUGÍA DE REVISIÓN DE REPARACIÓN ANTRÓPOPLASTIA DE MANQUITO RESOLVIDO HOMBRO DERECHO PRESENTA DOLOR CERVICAL CON SÍNDROME DOLOROSO REGIONAL COMPLEJO Y LIMITACIÓN FUNCIONAL PARA ACTIVIDADES DIARIAS BÁSICAS Y LABORALES.
Fecha de Inicio: 03/07/2021 Fecha de Terminación: 31/08/2021
Días: 31 (TREINTA UN DIAS) Prorroga: 0

DX Principal: M751 SÍNDROME DE MANQUITO ROTATORIO
Tipo de DX Principal: IMPRESION DIAGNÓSTICA

En consecuencia, se ordenará a la **EPS FAMISANAR** a través de su representante legal o quien haga sus veces, que, en el término de **cuarenta y ocho (48) horas contados a partir del momento en que YOHAIIRA OLIVIA RAMÍREZ radique las documentales pertinentes**, proceda a reconocer y cancelar en su favor, las incapacidades No. **8105322, 8105333, 8105341, 13,799 (no transcrita) y 13,800 (no transcrita)**, por el periodo comprendido entre el **seis (06) de marzo y el primero (01) de agosto del año dos mil veintiuno (2021)**; así como, las que se sigan causando hasta tanto se defina la situación pensional o lo que corresponda en favor de la gestora.

Lo anterior, por cuanto, el Despacho no puede desconocer que la EPS accionada desconoce la existencia de la totalidad de las prestaciones económicas deprecadas con posterioridad al **seis (06) de marzo del año dos mil veintiuno (2021)**, por lo que se conminará a **YOHAIIRA OLIVIA RAMÍREZ** para que, proceda a radicar las incapacidades comprendidas entre el **seis (06) de marzo y el primero (01) de agosto del año dos mil veintiuno (2021)** ante **FAMISANAR EPS** junto con la documental requerida por la entidad para el reconocimiento y pago de incapacidades superiores al día 540.

En otro giro, la pretensión encaminada a que se ordene a las accionadas el pago de intereses respecto de las sumas adeudadas por concepto de incapacidades, será declarada como improcedente, por cuanto, no se allega prueba si quiera sumaria que permita inferir a esta Sede Judicial que, dichos conceptos fueron requeridos a las entidades previo a la presentación de la acción constitucional, y en todo caso, será la jurisdicción ordinaria la entidad encargada de condenar a las enjuiciadas al reconocimiento y pago de los mismos.

Finalmente, respecto a que se ordene al **MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCIÓN SOCIAL** y la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**, adelantar trámites administrativos sancionatorios en contra de las entidades accionadas por el incumplimiento de sus obligaciones, se ha de precisar que, es la parte demandante la encargada de iniciar los tramites que crea convenientes en

defensa de sus intereses ante las entidades competentes para ello; razón por la cual, será negará lo solicitado.

Al no existir responsabilidad alguna de las vinculadas **SUNSHINE BOUQUET S.A., JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, ASOCIACIÓN DE AMIGOS CONTRA EL CÁNCER – PROSEGUIR, ARL AXA COLPATRIA, MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCIÓN SOCIAL** y la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**, se ordenará su desvinculación de la acción de tutela de la referencia, teniendo en cuenta que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales que la activa alega como trasgredidos.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales al mínimo vital en conexidad con la vida, salud, seguridad social y la vida digna a **YOHAIIRA OLIVIA RAMÍREZ**, identificada con C.C. No. 52.358.401, en atención a las consideraciones expuestas en esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **AFP PROTECCIÓN** a través de su representante legal o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes contados a partir de la notificación de ésta providencia, cancele a **YOHAIIRA OLIVIA RAMÍREZ**, las incapacidades No. **7578197, 7618563, 7618610, 7621411, 7621414, 7733487, 7746894, 7746898, 7910548, 7910558, 7910568 y 8105314**, por el periodo comprendido entre el **once (11) de marzo del año dos mil veinte (2020) y el cinco (05) de marzo del año dos mil veintiuno (2021)**.

TERCERO: ORDENAR a la **EPS FAMISANAR** a través de su representante legal o quien haga sus veces, que, en el término de **cuarenta y ocho (48) horas contados a partir del momento en que YOHAIIRA OLIVIA RAMÍREZ radique las documentales pertinentes**, proceda a reconocer y cancelar en su favor, las incapacidades No. **8105322, 8105333, 8105341, 13,799 (no transcrita) y 13,800 (no transcrita)**, por el periodo comprendido entre el **seis (06) de marzo y el primero (01) de agosto del año dos mil veintiuno (2021)**; así como, las que se sigan causando hasta tanto se defina la situación pensional o lo que corresponda en favor de la gestora.

CUARTO: CONMINAR a **YOHAIIRA OLIVIA RAMÍREZ** para que, proceda a radicar las incapacidades comprendidas entre el **seis (06) de marzo y el primero (01) de agosto del año dos mil veintiuno (2021)** ante **FAMISANAR EPS** junto con la documental requerida por la entidad para el reconocimiento y pago de incapacidades superiores al día 540

QUINTO: DECLARAR IMPROCEDENTE la pretensión encaminada al pago de intereses, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEXTO: NEGAR la pretensión encaminada a que se ordene al **MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCIÓN SOCIAL** y la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES** adelantar trámites administrativos sancionatorios, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta decisión.

SÉPTIMO: DESVINCULAR a **SUNSHINE BOUQUET S.A., JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, ASOCIACIÓN DE AMIGOS CONTRA EL CÁNCER – PROSEGUIR, ARL AXA COLPATRIA, MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCIÓN SOCIAL** y la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**, conforme a lo dispuesto en la parte motiva de esta decisión.

OCTAVO: NOTIFÍQUESE a las partes de la presente determinación. Contra la presente providencia procede **IMPUGNACIÓN**, la cual debe ser interpuesta dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación.

NOVENO: Si la presente sentencia no fuere impugnada **REMÍTASE** a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión de conformidad con lo reglado en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado Por:

VIVIANA LICEDT QUIROGA GUTIERREZ
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 11 PEQUEÑAS CAUSAS LABORAL BOGOTÁ

DIANA MILENA GONZALEZ ALVARADO
SECRETARIO MUNICIPAL
JUZGADO 11 PEQUEÑAS CAUSAS LABORAL BOGOTÁ

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:

f0e5b33942e113261498fdf088c59fc21e9bd060dcddb4281964b32c3003
6652

Documento generado en 14/07/2021 11:07:10 AM