

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ D.C.**

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001-41-05-008-2023-01005-00

ACCIONANTE: ÁLVARO ALVAREZ ANACONA

ACCIONADAS: E.P.S. SURA

A.F.P. PROTECCIÓN S.A.

VINCULADA: SEGURIDAD NÁPOLES LTDA.

SENTENCIA

En Bogotá D.C., a los quince (15) días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés (2023), procede este Despacho Judicial a resolver la acción de tutela impetrada por **ÁLVARO ALVAREZ ANACONA**, quien solicita el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, presuntamente vulnerados por la **E.P.S SURA** y la **A.F.P. PROTECCIÓN S.A.**

RESEÑA FÁCTICA

Indica el accionante que está afiliado a la **E.P.S SURA** en calidad de trabajador dependiente de la empresa **SEGURIDAD NÁPOLES LTDA.**

Que el 05 de febrero de 2023 le diagnosticaron *Carcinoma Espinocelular*, motivo por el cual se le han expedido varias incapacidades y depende exclusivamente de ese ingreso.

Que en julio de 2023 la EPS le informó que en agosto de 2023 se cumplían 180 días de incapacidad y que de ahí en adelante el pago estaba a cargo de la **A.F.P. PROTECCIÓN**.

Que la EPS le informó que había remitido el concepto de rehabilitación desfavorable a la AFP, por lo que debía comunicarse con ésta para el pago de las incapacidades.

Que se comunicó con la AFP, pero allí le informaron que no le iban a pagar las incapacidades porque lo precedente era el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral.

Que se emitió dictamen con una pérdida de capacidad laboral del 78.49%.

Que presentó los documentos correspondientes a la AFP, pero le informaron que no le iban a pagar las incapacidades porque la prioridad era el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Que el no pago de las últimas incapacidades, ni la resolución de su pensión de invalidez, ha generado una afectación gravísima a su mínimo vital.

Por lo anterior, solicita que se ordene: (i) a la **E.P.S. SURA** realizar el pago de las incapacidades; y (ii) a la **A.F.P. PROTECCIÓN S.A.** expedir el acto de reconocimiento de la pensión de invalidez.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

E.P.S. SURA

La accionada allegó contestación el 06 de diciembre de 2023, en la que manifiesta que el accionante presenta incapacidad prolongada desde el 18 de febrero de 2023.

Que dando cumplimiento al artículo 142 del Decreto 019 de 2012, el 28 de junio de 2023 remitió a la **A.F.P. PROTECCIÓN** el concepto de rehabilitación *favorable*, para el reconocimiento de las incapacidades posteriores al día 180 y/o la calificación de la pérdida de capacidad laboral.

Que el 26 de julio de 2023 se envió a la AFP la actualización del concepto de rehabilitación *desfavorable*.

Que el afiliado presenta actualmente una calificación de PCL del 78.49%, de acuerdo con el dictamen emitido por la **A.F.P. PROTECCION** el 24 de octubre de 2023, de origen común y con fecha de estructuración: 05 de febrero de 2023.

Que el accionante registra un acumulado de 185 días de incapacidad por la misma patología, los cuales no han sido pagados por la EPS, toda vez que el empleador no ha realizado la radicación de las incapacidades.

Por lo anterior, solicita declarar improcedente la acción de tutela.

A.F.P. PROTECCIÓN S.A.

La accionada allegó contestación el 07 de diciembre de 2023, en la que manifiesta que el accionante presenta afiliación desde el 22 de febrero de 2022, con fecha de efectividad el 01 de abril de 2022.

Que la pérdida de capacidad laboral del actor fue calificada el 24 de octubre de 2023, con un porcentaje del 78.49% de origen común y fecha de estructuración del 05 de febrero de 2023.

Que la calificación fue notificada a las partes y no se interpuso recurso dentro del término legal, por lo que quedó en firme, arrojando un estatus de *invalidez* del accionante.

Que el 29 de noviembre de 2023 el accionante se acercó a la AFP para el inicio de la solicitud de pensión de invalidez, momento en el que se le indicaron los documentos que debía aportar.

Que el actor radicó los documentos el 04 de diciembre de 2023 y a la fecha están en proceso de validación, por lo que, en caso de encontrarse completos, se continuará con la radicación de la solicitud formal, la reconstrucción de la historia laboral, la solicitud de pago del bono pensional, y el análisis y definición de la prestación a la que tenga derecho.

Que como el actor no ha presentado formalmente la solicitud de pensión de invalidez, no ha comenzado siquiera a correr el término señalado en el artículo 19 del Decreto 656 de 1994.

Que es incompatible el pago de las incapacidades y el pago de la pensión o devolución de saldos por invalidez, por lo que los subsidios por incapacidad posteriores a la fecha de estructuración pueden ser descontados del retroactivo pensional al que hubiere lugar.

Que el 28 de junio de 2023 la **EPS SURA** le remitió el concepto de rehabilitación con pronóstico favorable, y el 26 de julio de 2023 remitió un nuevo concepto con pronóstico desfavorable.

Que, por lo anterior, no se encuentra obligada al pago de las incapacidades, sino a realizar la calificación de PCL, en los términos del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012.

Que en el hipotético caso de que se le ordene el pago de alguna incapacidad al accionante, debe tenerse en cuenta que no es su responsabilidad reconocer incapacidades anteriores al 28 de junio de 2023.

Que las incapacidades aportadas por el accionante no se encuentran transcritas por la **EPS SURA**, por lo que no son vinculantes para el Sistema de Seguridad Social Integral.

Por lo anterior, solicita denegar la acción de tutela. De forma subsidiaria, en caso de concederse el amparo, solicita que no se ordene el pago de incapacidades anteriores al 28 de junio de 2023; que la orden se supedite a que el actor aporte los certificados de incapacidad transcritos por la EPS; y que se le permita descontar las incapacidades del retroactivo pensional que se llegara a causar.

SEGURIDAD NÁPOLES LTDA.

La vinculada allegó contestación el 12 de diciembre de 2023, en la que manifiesta que el accionante se vinculó laboralmente el 14 de enero de 2023.

Que la EPS informó sobre el cambio de concepto de rehabilitación y posteriormente la AFP notificó la pérdida de capacidad laboral del trabajador.

Que las incapacidades del día 1 al 180 fueron pagadas al trabajador por parte de la empresa y, a partir del día 181 hasta el 540 deben ser reconocidas por la AFP.

Que es el Juez Laboral el llamado a determinar la existencia del derecho a la pensión de invalidez.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO:

Corresponde al Despacho responder los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿Es procedente la acción de tutela para ordenar el reconocimiento y pago de incapacidades laborales, dadas las particularidades del caso concreto? En caso de ser positiva la respuesta, ¿La **E.P.S. SURA** y/o la **A.F.P. PROTECCIÓN S.A.** han vulnerado los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social del señor **ÁLVARO ALVAREZ ANACONA** al negarle el pago de las incapacidades superiores al día 180?; y (ii) ¿Es procedente la acción de tutela para amparar los derechos fundamentales del señor **ÁLVARO ALVAREZ ANACONA** y en consecuencia, ordenar a la **A.F.P. PROTECCIÓN S.A.** reconocerle la pensión de invalidez?

MARCO NORMATIVO

Conforme el artículo 86 de la Constitución Política, 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 públicas y excepcionalmente de los particulares cuando estos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona, 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.

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

La acción de tutela tiene carácter residual, y procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice para evitar un perjuicio irremediable. El cumplimiento de este mandato ha sido denominado requisito de subsidiariedad y tiene como finalidad *“reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”*¹.

En la Sentencia T-530 de 2017, la Corte Constitucional dijo al respecto:

“La acción de tutela no es un mecanismo principal para la protección de derechos, sino que tiene un carácter extraordinario. Ello no implica que quien encuentre amenazados sus derechos fundamentales, deba agotar absolutamente todos los medios de defensa que existan, sino sólo aquellos que sean idóneos y eficaces para dar solución al problema planteado.

*La idoneidad se predica de la existencia de un procedimiento pertinente y conducente para solucionar la controversia jurídica. En tanto que la eficacia es la posibilidad de que el medio que se reputa idóneo genere una consecuencia jurídica desprovista de arbitrariedad en un plazo razonable”*².

Así las cosas, el mecanismo idóneo para solucionar las controversias sobre el reconocimiento y pago de incapacidades que puedan presentarse entre un afiliado y las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o su empleador, corresponde a la justicia ordinaria.

¹ Sentencias T-139 de 2017, T-106 de 2017, T-633 de 2015, T-603 de 2015, T-291 de 2014, T-367 de 2008, T-580 de 2006.

² Sentencias T-263 de 2017 y T-530 de 2017.

Sin embargo, cuando el pago de incapacidades laborales constituye el único medio para la satisfacción de necesidades básicas, la acción de tutela también se convierte en mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental al mínimo vital³.

En la Sentencia T-920 de 2009, la Corte Constitucional expuso:

“...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”.

La idoneidad de la acción de tutela para reclamar el pago de incapacidades también se fundamenta en que la omisión en el cumplimiento de tal obligación puede generar un perjuicio irremediable, como fue señalado en la Sentencia T-468 de 2010:

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

De esta manera, el estudio sobre la subsidiariedad en los casos de acciones de tutela en las cuales se reclame el pago de incapacidades laborales debe realizarse de manera flexible, máxime si quien impetra el amparo es una persona que, debido a su estado de salud, se encuentra en estado de debilidad manifiesta, como fue señalado por la Corte en la Sentencia T-182 de 2011:

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

³ Sentencia T-140 de 2016.

Tales consideraciones fueron reiteradas en las Sentencias T-097 de 2015 y T-140 de 2016 en donde se hizo énfasis en la idea de que, en el caso de las incapacidades laborales, se deben analizar las circunstancias concretas de cada caso para verificar si existe la posibilidad de consumación de un perjuicio irremediable.

En síntesis, la Corte Constitucional ha reconocido que la interposición de acciones de tutela para solicitar el pago de incapacidades laborales es procedente, aun cuando no se han agotado los medios ordinarios de defensa, cuando de la satisfacción de tal pretensión dependa la garantía del derecho fundamental al mínimo vital.

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES DE ORIGEN COMÚN, SU MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL⁴

Antes de exponer el marco normativo que regula las incapacidades de origen común, es importante distinguir tres conceptos: El **certificado de incapacidad temporal**, el cual resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, es decir que surge de “*un acto médico (...) independiente del trámite administrativo del reconocimiento de la prestación económica*” y, por tanto, en su emisión “*el criterio médico prevalece para definir el número de días de incapacidad recomendada*”. Éste genera durante los primeros 180 días un **auxilio económico** a cargo de la EPS, que desde el día 181 se sustituye por un **subsidio de incapacidad** equivalente al auxilio, pero asumido por el Fondo de Pensiones al que se haya afiliado el trabajador.

Una vez expedido el certificado de incapacidad laboral, sus pagos y los de las respectivas prórrogas deben ser asumidos por distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social, lo cual dependerá de la prolongación de la situación de salud del trabajador.

Así, el lapso que hay entre el primer y el segundo día de la incapacidad, compete económicamente al **empleador**, de conformidad con la modificación que introdujo el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, al parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999.

Las incapacidades expedidas del **día 3 al 180** están a cargo de las **E.P.S.** y el trámite tendiente a su reconocimiento debe adelantarlo el empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012:

“Artículo 121. TRÁMITE DE RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES Y LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo

⁴ Sentencias T-401 de 2017 y T-246 de 2018

del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento”.

Ahora bien, respecto de las incapacidades expedidas a partir del día **181**, el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, establece lo siguiente:

*“Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, **la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.***

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.”

Respecto de las incapacidades que persisten y superan el día **181**, se han suscitado debates en cuanto a la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios generados y a la exigibilidad de los mismos, en tanto se ha asumido que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, en virtud del Decreto 2463 de 2001.

Sobre la responsabilidad del pago, la Corte Constitucional ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la **AFP** a la que está afiliado el trabajador⁵, **ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.**

Respecto del concepto favorable de rehabilitación conviene destacar que, conforme al Decreto Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal. Luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150 a la AFP que corresponda. No obstante, en los eventos en que no se cumpla con tales 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. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

⁵ Sentencias T-485 de 2010, T-333 de 2013, T-698 de 2014 y T-097 de 2015.

Es necesario enfatizar, que el concepto favorable o desfavorable de recuperación, es una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral. Éste asegura que el proceso de calificación de la disminución ocupacional, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador.

La forma condicional en que el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, hace alusión a dicho concepto indica que el objetivo de dicha norma es el equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del Sistema, otorgando un margen de espera que 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**.

Desde esta óptica, el concepto de rehabilitación ha sido previsto como una condición para la ampliación del término de las incapacidades hasta por 360 días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico.

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, 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 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 caso⁶.

Así mismo, de acuerdo con la normativa citada, la **AFP** 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.

Como resultado de tal valoración es posible que se determine una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%. En dicho evento, *“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”*⁷.

⁶ Sentencia T-419 de 2015.

⁷ Sentencia T-920 de 2009. Concepto Jurídico 201511400874021 de 21 de mayo de 2015 del Ministerio de Protección Social.

No obstante, es factible que el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, pese a haber sido evaluado por la junta de calificación de invalidez y habersele dictaminado una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%. Por tanto, es indispensable determinar cuál entidad del Sistema General de Seguridad Social debe encargarse del pago de dichas incapacidades.

Al respecto, cabe indicar que la norma no prevé expresamente la entidad que tiene a cargo los subsidios de incapacidad posteriores al día 180 cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación. Pese a ello, la jurisprudencia constitucional ha indicado que una de las entidades del Sistema debe asumir el pago en estos casos pues la indeterminación legal no es una carga que deba ser soportada por el afiliado.

Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, la Corte Constitucional estableció en la Sentencia T-920 de 2009 que las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto **desfavorable** de rehabilitación deben ser asumidas por la **AFP** hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%. Dicha regla ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones⁸.

En consecuencia, las **reglas jurisprudenciales y legales** para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en enfermedad común, son las siguientes:

(i) Los primeros dos días de incapacidad el **empleador** deberá asumir el pago del auxilio correspondiente.

(ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las **EPS**.

(iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las **AFP**, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.

(iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. El concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio

⁸ Sentencia T-268 de 2020, T-146 de 2016, T-004 de 2014, T-333 de 2013, T-729 de 2012, T-920 de 2009.

equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

Sobre la base de lo expuesto, el régimen de pago de incapacidades o subsidios por incapacidad por enfermedades de origen común, se resume de la siguiente manera:

| Periodo | Entidad obligada | 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 019 de 2012 |
| Día 541 en adelante | E.P.S. con recobro a ADRES | Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 |

Por último, la Corte Constitucional en Sentencia T-401 de 2017 señaló que **la simple interrupción** de la continuidad de los períodos en los que se prescriben certificados de incapacidad no basta para que se pueda predicar una ausencia de continuidad en las incapacidades.

En efecto, como lo ha reconocido la Corte⁹ y el Ministerio de Salud y Protección Social, las interrupciones inferiores a 30 días no rompen con la continuidad de un período de incapacidad. De este modo, a partir de la aplicación analógica del artículo 13 de la Resolución 2266 de 1998, *“se entiende como prórroga de incapacidad, la que se expide con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación directa con ésta, así se trate de código diferente y siempre y cuando entre una y otra no haya interrupción mayor a treinta (30) días calendario”*¹⁰.

EL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS PENSIONALES

Tratándose de controversias pensionales, la acción de tutela resulta improcedente, toda vez que los demandantes pueden acudir a la jurisdicción laboral o contenciosa administrativa, como la opción principal e idónea para el reconocimiento de sus pretensiones.

Sin embargo, en determinados casos la tutela procede con el fin de salvaguardar derechos fundamentales, cuya protección resulta impostergable, cuando los medios ordinarios de

⁹ Sentencia T-144 de 2016.

¹⁰ Ministerio de Salud y Protección Social. Conceptos 201511600088971 de 26 de enero de 2015 y 201611601330861 del 7 de julio de 2016.

defensa judicial existentes carecen de idoneidad o eficacia, o porque se busca evitar la inminente consumación de un perjuicio irremediable.

Para determinar la idoneidad de los medios de defensa judicial es necesario revisar que los mecanismos tengan la capacidad para proteger de forma efectiva e integral los derechos de la persona. En especial, resulta imperativo verificar si el reclamo de quien merece especial protección constitucional puede ser tramitado y decidido de forma adecuada por la vía ordinaria, o si por su situación particular, no puede acudir a dicha instancia. Ello encuentra su relevancia en el hecho de que las prestaciones económicas como la pensión guardan estrecha relación con el derecho al mínimo vital, pues se trata de un ingreso que está dirigido a cubrir riesgos (vejez, muerte e invalidez) que disminuyen, e incluso, impiden al ciudadano la posibilidad de procurarse por sus propios medios los recursos necesarios para su congrua subsistencia.

De acuerdo con lo anterior, la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones sociales se determina por las siguientes reglas: (i) procede como mecanismo transitorio, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa para el reconocimiento de la prestación, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario, (ii) procede como mecanismo definitivo cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia. Además, (iii) cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, personas de la tercera edad, el examen de procedibilidad es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos.

CASO CONCRETO

El señor **ÁLVARO ALVAREZ ANACONA** interpone acción de tutela para obtener el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, los cuales considera vulnerados por la **E.P.S. SURA** y la **A.F.P. PROTECCIÓN**, al negar el reconocimiento y pago de las incapacidades causadas con posterioridad al día 180, y al no habersele reconocido la pensión de invalidez.

De cara a la solución de los problemas jurídicos, se abordará cada una de las pretensiones, a fin de establecer si se ha configurado alguna vulneración que pueda ser objeto de amparo.

- i. Frente a la solicitud de pago de incapacidades:

El accionante solicita que se ordene a la **E.P.S. SURA** realizar el pago de las incapacidades que, según el hecho 9, corresponden a las expedidas en los periodos: (i) 22/08/2023 al 20/09/2023, (ii) 27/09/2023 al 26/10/2023, (iii) 27/10/2023 al 25/11/2023 y (iv) 26/11/2023 al 25/12/2023.

Conforme a ello, lo primero que se advierte es, que en este caso se cumple el requisito de *inmediatez*, toda vez que entre la fecha de las incapacidades y la fecha de presentación de la acción de tutela -01 de diciembre de 2023-, ha transcurrido un término razonable.

De otro lado, y en atención a la naturaleza prestacional del derecho que se reclama, es necesario determinar si se cumple el requisito de *subsidiariedad*, o si por el contrario debe acudir al mecanismo ordinario ante la Jurisdicción Laboral.

Al respecto, se encuentra probado con las documentales obrantes en el plenario, que el señor **ÁLVARO ALVAREZ ANACONA** ha sido diagnosticado con, entre otras, *Sarcoma de Kaposi*, *Sarcoma de Kaposi de múltiples órganos* y *Sarcoma de Kaposi de la piel*; patologías en virtud de las cuales le han sido prescritas múltiples incapacidades continuas desde el 18 de febrero de 2023. Así mismo, está acreditado que el accionante se encuentra afiliado a la **E.P.S. SURA** en calidad de cotizante dependiente, a través del empleador **SEGURIDAD NÁPOLES LTDA.**

El accionante refiere en el escrito de tutela que, el no pago de las incapacidades le ha generado una afectación grave a su mínimo vital, toda vez que su único ingreso es su salario. Revisada la certificación de incapacidades expedida por la **E.P.S. SURA**¹¹, se observa que el salario base de cotización del actor corresponde a un salario mínimo legal mensual vigente, hecho que permite concluir, tal como ha señalado la Corte Constitucional¹², que los ingresos apenas le alcanzan para garantizar su mínimo vital; situación que no fue desvirtuada por las accionadas ni por la vinculada.

Las anteriores circunstancias, en criterio del Despacho, hacen procedente el mecanismo constitucional, toda vez que las incapacidades que reclama el accionante constituyen la única fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades básicas, por lo que los medios ordinarios de defensa no resultan idóneos ni eficaces.

En ese orden, procede el Despacho a realizar un pronunciamiento de fondo, encontrando lo siguiente:

11 Página 7 del archivo pdf 05ContestacionSura

12 Por ejemplo, en la sentencia T-161 de 2019

(i) De conformidad con el certificado de incapacidad aportado por la **EPS SURA**¹³, al accionante le han sido generadas incapacidades desde el **18 de febrero de 2023**, por los diagnósticos B24X y C468, conforme a la clasificación prevista en la Tabla de Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud, Décima Revisión (CIE-10)¹⁴, tal como se observa a continuación:

| DETALLE DE INCAPACIDADES | | | | | | | | |
|--------------------------|--------------|---------------|--------------------|--------------------|----------|---------------|--------------|-----------|
| Número Incapacidad | Fecha Inicio | Fecha Término | Origen | Código Diagnóstico | Duración | Clasificación | Valor Pagado | IBC |
| 0 - 34737524 | 18/02/2023 | 21/02/2023 | ENFERMEDAD GENERAL | B24X | 4 | INICIAL | 0 | 0 |
| 0 - 34753381 | 22/02/2023 | 23/03/2023 | ENFERMEDAD GENERAL | C468 | 30 | PRORROGA | 0 | 0 |
| 0 - 34995451 | 24/03/2023 | 02/04/2023 | ENFERMEDAD GENERAL | C468 | 10 | PRORROGA | 0 | 1,161,900 |
| 0 - 35083764 | 03/04/2023 | 13/04/2023 | ENFERMEDAD GENERAL | C468 | 11 | PRORROGA | 0 | 1,161,900 |
| 0 - 35146031 | 14/04/2023 | 03/05/2023 | ENFERMEDAD GENERAL | C468 | 20 | PRORROGA | 0 | 1,161,900 |
| 0 - 35284927 | 04/05/2023 | 23/05/2023 | ENFERMEDAD GENERAL | C468 | 20 | PRORROGA | 0 | 1,161,900 |
| 0 - 35455852 | 24/05/2023 | 22/06/2023 | ENFERMEDAD GENERAL | C468 | 30 | PRORROGA | 0 | 1,161,900 |
| 0 - 35694799 | 23/06/2023 | 22/07/2023 | ENFERMEDAD GENERAL | C468 | 30 | PRORROGA | 0 | 1,161,900 |
| 0 - 35900358 | 23/07/2023 | 21/08/2023 | ENFERMEDAD GENERAL | C468 | 30 | PRORROGA | 0 | 1,161,900 |

Respecto del diagnóstico B24X, es de resaltar que, de acuerdo con lo manifestado por la **E.P.S. SURA** en su contestación¹⁵ y con lo registrado en el certificado de incapacidades, la entidad reconoce como "*Fecha Inicio Acumulado*" el **18 de febrero de 2023**, que corresponde al inicio de la incapacidad expedida por dicha patología.

Así mismo, el accionante aporta cuatro incapacidades expedidas por la **CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO** por el diagnóstico C460 "*Sarcoma de Kaposi de la piel*" y con ocasión de la quimioterapia activa en que se encuentra, cuyo pago se solicita en este trámite, así: **(i)** Del 22/08/2023 al 20/09/2023, **(ii)** Del 27/09/2023 al 26/10/2023, **(iii)** Del 27/10/2023 al 25/11/2023 y **(iv)** Del 26/11/2023 al 25/12/2023¹⁶.

En suma, se encuentra acreditado que, a la fecha, el señor **ÁLVARO ALVAREZ ANACONA** registra un acumulado de 305 días de incapacidad continua, así:

| Fecha Inicio | Fecha fin | Diagnóstico | Duración | | |
|------------------------|------------|-------------|------------|------------|-------------------|
| 18/02/2023 | 21/02/2023 | B24X | 4 | | |
| 22/02/2023 | 23/03/2023 | C468 | 30 | | |
| 24/03/2023 | 2/04/2023 | C468 | 10 | | |
| 3/04/2023 | 13/04/2023 | C468 | 11 | | |
| 14/04/2023 | 3/05/2023 | C468 | 20 | | |
| 4/05/2023 | 23/05/2023 | C468 | 20 | | |
| 24/05/2023 | 22/06/2023 | C468 | 30 | 120 | 17/06/2023 |
| 23/06/2023 | 22/07/2023 | C468 | 30 | 150 | 17/07/2023 |
| 23/07/2023 | 21/08/2023 | C468 | 30 | 180 | 16/08/2023 |
| 22/08/2023 | 20/09/2023 | C460 | 30 | | |
| 27/09/2023 | 26/10/2023 | C460 | 30 | | |
| 27/10/2023 | 25/11/2023 | C460 | 30 | | |
| 26/11/2023 | 25/12/2023 | C460 | 30 | | |
| Total días incapacidad | | | 305 | | |

13 Ibidem

14 Visible en: <http://idsn.gov.co/site/web2/images/documentos/RIPS/CIE-10.pdf>

15 Página 3 del archivo pdf 05ContestacionSura

16 Páginas 12, 13, 14 y 16 del archivo pdf 01AccionTutela

(ii) De acuerdo con lo anterior, se tiene que el accionante completó **180** días de incapacidad continua el 16 de agosto de 2023, motivo por el cual, las incapacidades que reclama son posteriores al día 181 y su pago corresponde -en principio- a la **A.F.P. PROTECCIÓN**, de conformidad con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012.

Al contestar la acción de tutela, la sociedad **SEGURIDAD NÁPOLES LTDA**, en calidad de empleador, informó que las incapacidades causadas entre el día 1 y el 180 fueron pagadas al trabajador, y que las generadas a partir del día 181 deben ser reconocidas por la A.F.P.

A su turno, la **A.F.P. PROTECCIÓN** argumenta que no está obligada a reconocer las incapacidades por cuanto: a) sólo se reconocen cuando el afiliado cuenta con concepto de rehabilitación favorable; y, en este caso, el accionante tiene concepto de rehabilitación desfavorable, presupuesto ante el cual lo que procede es iniciar el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral; y b) no se encuentran *transcritas* por la **EPS SURA**, por lo que no son vinculantes.

Por su parte, la **E.P.S. SURA** refirió que el 26 de julio de 2023 le envió a la **A.F.P. PROTECCIÓN** el concepto de rehabilitación desfavorable del accionante, para que realizara el reconocimiento de las incapacidades y la calificación de la pérdida de capacidad laboral.

(iii) A efectos de establecer a cuál de las accionadas le corresponde pagar la prestación económica causada con posterioridad al día 180, el Decreto 019 de 2012 señala que las EPS deben emitir el concepto de rehabilitación antes del día 120 de incapacidad. Luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150 a la AFP. En los eventos en que no se cumpla con tales plazos, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad, en caso de que ésta 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.

Atendiendo la norma, se encuentra acreditado que, la **E.P.S. SURA** emitió un primer concepto de rehabilitación del señor **ÁLVARO ALVAREZ ANACONA** el 26 de junio de 2023 con pronóstico *favorable*¹⁷ y lo remitió a la **A.F.P. PROTECCIÓN** el **28 de junio de 2023**¹⁸; circunstancia frente a la cual no existe discusión.

Así mismo, se avizora que, el 21 de julio de 2023 la EPS emitió una actualización del concepto de rehabilitación, con pronóstico desfavorable¹⁹, remitiéndolo a la AFP el 26 de julio de 2023²⁰, lo cual fue corroborado por ella al contestar la acción de tutela.

17 Páginas 20 y 21 del archivo pdf 05 ContestacionSura
18 Páginas 22 y 25 ibidem
19 Páginas 13 a 15 ibidem
20 Páginas 9 a 12 ibidem

Conforme a ello, se encuentra acreditado que la **E.P.S. SURA** remitió oportunamente el primer concepto de rehabilitación, de conformidad con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, pues lo hizo el día 131; y, si bien la remisión del segundo concepto de rehabilitación se hizo de manera posterior al día 150, no sobrepasó el día 180, momento hasta el cual le correspondía el pago del subsidio de incapacidad; por lo tanto, la **A.F.P. PROTECCIÓN** debe asumir el pago a partir del día 181.

Ahora bien, no son de recibo los argumentos esgrimidos por la A.F.P. para negar el pago de las incapacidades, por las siguientes razones:

En primer lugar, no es válido argumentar que la norma no prevé el pago del subsidio cuando se expide concepto *desfavorable* de rehabilitación, toda vez que, bajo ningún motivo, el trabajador debe soportar la carga que surge ante el vacío legal. La Corte Constitucional ha dicho que, el pago de tales incapacidades debe efectuarse por parte de la AFP, sin importar si el concepto es favorable o desfavorable, hasta tanto se determine una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% o hasta que se cumplan el día 540 de incapacidad.

En segundo lugar, la **A.F.P. PROTECCIÓN** señala que las incapacidades aportadas por el actor no se encuentran "*transcritas al formulario oficial*" de la **E.P.S. SURA**, y que por ello no le son vinculantes.

Al respecto, es de resaltar que, en efecto, el reconocimiento de las prestaciones económicas por parte del Sistema de Salud, se encuentra condicionado a que, los servicios de salud y las incapacidades médicas se deriven de consultas y valoraciones realizadas por los prestadores que conforman la red contratada por la EPS. Cuando las incapacidades son emitidas por prestadores no contratados por la EPS, o por médicos particulares, debe adelantarse el trámite de *transcripción*.

La **Resolución 2266 de 1998**, por medio de la cual se reglamentó el proceso de expedición, reconocimiento, liquidación y pagos de las prestaciones económicas por incapacidades y licencias de maternidad en el I.S.S., que en su artículo 17 define la figura de la *transcripción* de la siguiente forma:

*"ARTICULO 17. DE LA TRANSCRIPCION DE CERTIFICADOS. Se entiende por transcripción el acto mediante el cual un funcionario competente, traslada al formato único oficial la incapacidad o licencia ordenada por médico u odontólogo tratante en ejercicio legal de su profesión pero **no adscrito al ISS**. Este hecho debe registrarse en la historia clínica del paciente, anexando a ésta, los documentos que soportan el acto."*
(Negrillas fuera del texto)

En ese orden, la transcripción de la incapacidad debe considerarse como un trámite mediante el cual el usuario pone en conocimiento de la EPS la incapacidad generada **por fuera de su red de prestadores**, el cual es inherente al proceso de reconocimiento de la prestación económica.

Ahora bien, el **Decreto 1427 de 2022**²¹ introdujo varias modificaciones frente al reconocimiento de prestaciones económicas y uno de los aspectos que más se destacan tiene que ver con un nuevo procedimiento para el pago de incapacidades expedidas por médicos no adscritos a las EPS, previsto en el artículo 2.2.3.3.3. En virtud de éste, a partir del 05 de agosto de 2022, fecha en que entró a regir la norma, las EPS no podrán negar la transcripción de incapacidades alegando simplemente que se trata de un médico no adscrito a su red, sino que deben agotar dicho trámite.

Descendiendo al caso concreto, se observa que las 4 incapacidades reclamadas por el actor fueron expedidas por la **CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO**. La **EPS SURA** al contestar la acción de tutela no desconoció dichas incapacidades, ni señaló que esa IPS no se encontrara adscrita a su red de prestadores. Luego entonces, si la propia EPS no alegó que las incapacidades reclamadas hayan sido expedidas por un médico no adscrito, no le es dable a la AFP aseverar dicha circunstancia, máxime cuando no aportó prueba alguna que la respalde.

Por lo tanto, entendiendo que las incapacidades sí fueron expedidas por un médico adscrito a la red de prestadores de la **E.P.S. SURA**, no es necesaria su transcripción para proceder con el reconocimiento en favor del accionante.

En consecuencia, se concederá el amparo y se ordenará a la **A.F.P. PROTECCIÓN S.A.** realizar el reconocimiento y pago de las siguientes incapacidades: **(i)** Del 22/08/2023 al 20/09/2023, **(ii)** Del 27/09/2023 al 26/10/2023, **(iii)** Del 27/10/2023 al 25/11/2023 y **(iv)** Del 26/11/2023 al 25/12/2023; y las que se sigan generando hasta que se reconozca la pensión de invalidez o hasta el día 540 de incapacidad.

Ahora bien, frente a la solicitud de la **A.F.P. PROTECCIÓN S.A.**, relativa a que se le permita descontar las incapacidades del retroactivo pensional que se llegara a causar, encuentra el Despacho que la misma es procedente.

En efecto, el reconocimiento de incapacidades es incompatible con el disfrute de la pensión de invalidez, es decir que, el retroactivo pensional debe reconocerse a partir de la última

21 "Por el cual se sustituye el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, se reglamentan las prestaciones económicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones"

incapacidad, según lo previsto en los artículos 40 de la Ley 100 de 1993 y 3º del Decreto 917 de 1999.

Sobre el tema se pronunció recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia SL2223-2023 del 22 de agosto de 2023²², así:

“... la Corte en la sentencia CSJ SL5170-2020, reiterada en las CSJ SL5576-2021 y CSJ SL3913-2022, en perspectiva de los artículos 40 de la Ley 100 de 1993 y 3º del Decreto 917 de 1999 precisó:

[...] cuando existen subsidios por incapacidad temporal con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, [...] las mesadas se comienzan a pagar, de forma retroactiva, desde la data de la estructuración, pero siempre que con posterioridad a ella no se hubieren reconocido subsidios por incapacidad, continuos o discontinuos, evento en el cual se pagará, pero a partir del momento en que expire el derecho a la última incapacidad.

Esa regla, por cuanto,

*[...] la definición de un estado de invalidez generalmente viene precedida de un proceso patológico incapacitante que sufre el trabajador [...], lo que explica que **el reconocimiento pensional deba hacerse, una vez se extingue la última incapacidad temporal, quedando prohibida la alternancia, concurrencia o subsistencia de estas dos prestaciones dentro de un mismo período, así se declare que el hecho invalidante existe desde una fecha anterior al período en que se pagó la incapacidad temporal. (...)***

*Memora la Corte con precisión, lo anterior, para acentuar que el entendimiento correcto de los artículos 40 de la Ley 100 de 1993 y 3º del Decreto 917 de 1999, genera una **regla general** según la cual, **la pensión de invalidez se reconoce a partir de la fecha de estructuración de la invalidez y, dos excepciones, aplicables a aquellos casos en los cuales, el afiliado ha disfrutado de incapacidades médicas continuas o discontinuas con posterioridad a esa data, a saber:***

*1) el **pago de la prestación se realizará a partir de la última de las incapacidades**, en el caso en que el reclamante, entre la fecha de estructuración de la invalidez y de la última incapacidad, se encuentre aportando tanto al subsistema pensional como al de salud.*

*2) el **pago de la prestación se realizará a partir de la fecha de estructuración de la invalidez descontando las incapacidades** que se hubieren presentado entre esa fecha y la última de las licencias concedidas, sí y solo sí en ese interregno el afiliado no aportó al subsistema pensional.”*

En este caso, se advierte que el señor **ÁLVARO ALVAREZ ANACONA** desde la fecha de estructuración de la PCL, y hasta la fecha, ha continuado realizando aportes a los Subsistemas de Salud y Pensiones, tal como se advierte en el Certificado de Aportes expedido por el operador *Aportes en línea*, allegado por el empleador **SEGURIDAD NÁPOLES LTDA**²³.

²² Radicación No. 95364. M.P. Carlos Arturo Guarín Jurado
²³ Páginas 8 a 11 del archivo pdf 12ContestacionSeguridadNapoles

Por lo anterior, se autorizará a la **A.F.P. PROTECCIÓN S.A.** que, en el evento de reconocer la pensión de invalidez al señor **ÁLVARO ALVAREZ ANACONA**, descuento del retroactivo pensional a que hubiere lugar, el pago de las incapacidades reconocidas y pagadas por virtud de esta providencia.

ii. Frente a la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez:

Solicita el accionante que se ordene a la **A.F.P. PROTECCIÓN S.A.** expedir el acto de reconocimiento de la pensión de invalidez.

Teniendo en cuenta los antecedentes esbozados y previo a realizar un análisis de fondo, es necesario determinar si la acción de tutela cumple con el presupuesto de subsidiariedad, teniendo en cuenta que, como se expuso en el marco normativo, para la procedencia del mecanismo constitucional es imprescindible acreditar que no se cuenta con otros medios de defensa judicial, o que, teniéndolos, éstos no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales vulnerados, evento en el que la intervención del juez constitucional se hace necesaria para impedir la ocurrencia de un perjuicio irremediable, *atendiendo a las circunstancias en que se encuentra el solicitante*²⁴.

En este caso, la discusión radica en el reconocimiento de una pensión de invalidez, es decir, se trata de un conflicto económico-jurídico, que tiene dos mecanismos de solución; el primero, por la vía administrativa directamente ante la Administradora de Pensiones a la que se encuentra afiliado el peticionario; y, de no prosperar éste, la jurisdicción ordinaria laboral es la competente para resolver la controversia, tal como se desprende del artículo 2° del C.P.T., modificado por el artículo 2° de la Ley 712 de 2001: *“4. Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos.”*

No obstante, advierte el Despacho que, previo a la presentación de la acción de tutela, el accionante no acudió a ninguno de los dos mecanismos, sino que, consideró prioritario acudir a la acción de tutela, lo cual desconoce su naturaleza residual y subsidiaria.

En efecto, de acuerdo con lo informado por las partes y a las pruebas obrantes en el plenario, el 24 de octubre de 2023 se emitió dictamen de pérdida de capacidad laboral del señor **ÁLVARO ALVAREZ ANACONA** por parte de la Comisión Médica contratada por la **A.F.P. PROTECCIÓN**, en el que se determinó una pérdida de capacidad laboral del 78.49%,

²⁴ Artículo 6° del Decreto 2591 de 1991

por enfermedades de origen común, con fecha de estructuración del 05 de febrero de 2023²⁵. De acuerdo con lo informado por la AFP, contra el dictamen no se presentó inconformidad, por lo que quedó en firme.

Posteriormente, el 29 de noviembre de 2023 el accionante acudió a la Oficina de Servicios de la AFP, donde recibió asesoría para el inicio de la solicitud de la pensión de invalidez. Conforme a la *Constancia de Asesoría* allegada por la **A.F.P. PROTECCIÓN**²⁶, en esa oportunidad se le indicó al accionante la siguiente información:

“¿Cuándo inicia tu solicitud?: Inicia cuando se cumplan las siguientes etapas: 1. Todos los documentos y formatos que le solicitamos en el anexo “Lista de documentos” estén entregados, y aprobados por Protección; 2. Su historia laboral se encuentre completa, sin inconsistencias reportadas por las Administradoras de Fondos de Pensiones, Colpensiones, la Oficina de Bonos Pensionales y aprobada por usted; 3. Su bono (si hubiere lugar a este) se encuentre emitido o reconocido por la entidad encargada de ello; 4. El beneficiario reportado con una condición de invalidez (si hubiere lugar) se encuentre en dictamen de pérdida de capacidad laboral; 5. Protección le haya notificado el inicio formal de su solicitud a través de los medios de contacto registrados en esta asesoría. Lo anterior significa que, hasta tanto no se acredite el cumplimiento de las 5 etapas ya aludidas, no tiene una solicitud de prestación económica formalmente radicada.”

De acuerdo con ello, la **A.F.P. PROTECCIÓN** puso de presente que el **04 de diciembre de 2023** el señor **ALVAREZ ANACONA** aportó los documentos solicitados, por lo que, a la fecha, están en proceso de validación. Recalcó que, en caso de encontrarse completos, se continuará con la radicación de la solicitud formal, la reconstrucción de la historia laboral, la solicitud de pago del bono pensional, y el análisis y definición de la prestación a la que tenga derecho. Preciso que, en este momento, todavía no se cuenta con solicitud formal de la pensión de invalidez, por lo que ni siquiera ha comenzado a correr el término de 4 meses previsto en el artículo 19 del Decreto 656 de 1994, con que cuenta la entidad.

Conforme a lo expuesto, advierte el Despacho que el accionante presentó la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de invalidez el **01 de diciembre de 2023**, esto es, antes de haber iniciado el procedimiento interno previsto por la **A.F.P. PROTECCIÓN**.

En ese orden, para el momento de la interposición de esta acción de tutela, e incluso para la fecha de esta providencia, no ha concluido el trámite administrativo con que cuenta el accionante para obtener el reconocimiento pensional, pues éste se encuentra en la primera etapa.

25 Páginas 24 a 31 del archivo pdf 11RespuestaProteccion

26 Páginas 7 a 10 ibidem

Así entonces, no accionar los medios ordinarios de defensa, o activarlos pero presentar la acción de tutela de manera paralela o anticipada, implica la desnaturalización de la acción de tutela como un mecanismo subsidiario y lo convierte en principal.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que: *“no es propio de la acción de tutela el [de ser un] medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales”*²⁷.

Por lo anterior, no es dable endilgar a la **A.F.P. PROTECCIÓN** la vulneración señalada en el escrito de tutela, pues se encuentra dando trámite al procedimiento administrativo interno y, a la fecha, tan solo han transcurrido 8 días hábiles desde que el actor radicó la documentación requerida, sin que pueda concluirse una actuación dilatoria o negligente que sugiera que la entidad va a desconocer los derechos fundamentales del actor en el transcurso del trámite administrativo.

Bajo tal panorama, la acción de tutela deberá declararse improcedente por no satisfacer el requisito de **subsidiariedad** en este punto.

Se desvinculará a la **E.P.S. SURA** y a la sociedad **SEGURIDAD NÁPOLES LTDA**, por falta de legitimación en la causa.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO 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: AMPARAR los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social del señor **ÁLVARO ALVAREZ ANACONA**, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **A.F.P. PROTECCIÓN S.A.** que en el término de CINCO (5) DÍAS HÁBILES siguientes a la notificación de esta providencia, reconozca y pague en favor del señor **ÁLVARO ALVAREZ ANACONA** las siguientes incapacidades: **(i)** Del 22/08/2023 al 20/09/2023, **(ii)** Del 27/09/2023 al 26/10/2023, **(iii)** Del 27/10/2023 al 25/11/2023 y

²⁷ Sentencia C-543 de 1992

(iv) Del 26/11/2023 al 25/12/2023, y las que se sigan generando hasta que se reconozca la pensión de invalidez o hasta el día 540 de incapacidad, conforme las consideraciones de esta providencia. Se autoriza a la **A.F.P. PROTECCIÓN S.A.** para que, en el evento de reconocer la pensión de invalidez al señor **ÁLVARO ALVAREZ ANACONA**, descuente del retroactivo pensional a que hubiere lugar, el pago de las incapacidades reconocidas y pagadas por virtud de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela del señor **ÁLVARO ALVAREZ ANACONA** contra la **A.F.P. PROTECCIÓN S.A.** frente a la pretensión dirigida a obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez, por las razones expuestas en esta providencia.

CUARTO: DESVINCULAR a la **E.P.S. SURA** y a la sociedad **SEGURIDAD NÁPOLES LTDA** por falta de legitimación en la causa.

QUINTO: Notifíquese a las partes por el medio más eficaz y expedito, advirtiéndoles que cuentan con el término de tres (3) días hábiles para impugnar esta providencia, contados a partir del día siguiente de su notificación.

La impugnación deberá ser remitida al email: j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

SEXTO: En caso de que la sentencia no sea impugnada, por Secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión. Una vez sea devuelta de la Corte Constitucional, tras haber sido excluida de revisión, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIANA FERNANDA ERASSO FUERTES
JUEZ