

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: 11001-41-05-008-2021-00017-00

ACCIONANTE: MARIA ALCIRA LEÓN RAMOS

ACCIONADAS: FAMISANAR E.P.S.

A.F.P. PROTECCIÓN

SENTENCIA

En Bogotá D.C., el primer (01) día del mes de febrero del año dos mil veintiuno (2021), procede este Despacho judicial a decidir la Acción de Tutela impetrada por la señora **MARIA ALCIRA LEÓN RAMOS**, actuando en nombre propio, quien pretende el amparo de los derechos fundamentales a la Seguridad Social y al Mínimo Vital, presuntamente vulnerados por **FAMISANAR E.P.S.** y la **A.F.P. PROTECCIÓN**.

RESEÑA FÁCTICA

Afirma la accionante que ha sido incapacitada por parte de FAMISANAR E.P.S.

Que radicó incapacidades desde el 20 de noviembre de 2020 y hasta el 19 de enero de 2021, sin recibir el pago.

Que cuando se comunica a las líneas de atención al cliente de la E.P.S. FAMISANAR le informan que debe cobrar las incapacidades ante el Fondo de Pensiones PROTECCIÓN, pero que al comunicarse con la A.F.P. le indican que es la E.P.S. quien debe pagarlas.

Que a la fecha se encuentran vulneradas sus necesidades básicas de alimentación por la falta de pago de sus incapacidades y este es el medio más expedito con el que cuenta para proteger sus derechos constitucionales.

Por lo anterior, solicita se tutelen sus derechos fundamentales a la Seguridad Social y al Mínimo Vital, y se ordene el pago de las incapacidades desde el 19 de diciembre de 2020 (sic) hasta el 19 de enero de 2021.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

FAMISANAR E.P.S.

La accionada allegó contestación el 25 de enero de 2021, en la que manifiesta que la accionante reporta estado de afiliación activo en calidad de cotizante.

Que la accionante cuenta con 808 días de incapacidad del 10 de octubre de 2000 al 18 de febrero de 2021.

Que presenta una incapacidad continua mayor a 90 días del 22 de noviembre de 2019 al 18 de febrero de 2021, para un total de 391 días, cumpliéndose el día 180 el **11 de julio de 2020**.

Que se emitió Concepto de Rehabilitación el 16 de octubre de 2019, el cual se ha notificado 3 veces al Fondo de Pensiones.

Que la actora ha presentado interrupciones que no ha certificado, que algunas incapacidades no han sido radicadas cronológicamente generando pago posterior, y que registra una interrupción del 03 de octubre de 2019 al 21 de noviembre de 2019.

Que las incapacidades posteriores al día 180 deben ser reconocidas por el Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A., hasta el día 540.

Que la accionante no demostró la vulneración a su mínimo vital, ya que no allegó prueba que así lo indique, por lo que la acción de tutela se torna improcedente al no cumplirse el requisito de subsidiariedad, pues cuenta con un mecanismo judicial ordinario idóneo.

Que las pretensiones no son competencia de FAMISANAR E.P.S., careciendo por tanto de legitimación en la causa por pasiva.

Por lo anterior, solicita denegar el amparo, toda vez que no ha vulnerado derecho fundamental alguno.

A.F.P. PROTECCIÓN

La accionada allegó contestación el 25 de enero de 2021, en la que manifiesta que la EPS emitió concepto de rehabilitación desfavorable, de manera que el paso a seguir es que la accionante radique formalmente la solicitud de calificación de pérdida de capacidad y aporte la historia clínica completa para que el Fondo pueda emitir el dictamen, con la fecha de estructuración y el origen.

Que la accionante no cuenta con pronóstico favorable de rehabilitación, y por lo tanto no hay lugar al reconocimiento de incapacidades, en los términos del artículo 142 del Decreto 019 de 2012.

Que no se reconoció el pago de incapacidades a la accionante, pues la obligación de pagar un subsidio equivalente a la incapacidad que venía recibiendo el afiliado mientras se surte el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral opera siempre y cuando éste cuente con pronóstico favorable de rehabilitación, lo cual no ocurre en el presente caso.

Que si se llega a considerar lo contrario, el día 180 de incapacidad continua se cumplió el **22 de noviembre de 2019**, pero la E.P.S remitió el concepto de rehabilitación solo hasta el 8 de octubre de 2020, por lo que durante este lapso ésta última debió asumir el pago de las incapacidades, acorde a lo establecido en el artículo 142 del decreto 019 de 2012.

Que al no estar acreditada la existencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela se torna improcedente, por cuanto la accionante cuenta con las acciones legales ordinarias; además, la A.F.P. no ha vulnerado garantías constitucionales, pues en este caso la etapa a seguir depende exclusivamente de la solicitud de calificación que eleve la accionante.

Finalmente, solicita que la decisión tenga el carácter de transitoria, hasta que la autoridad judicial competente dentro de un proceso ordinario laboral se pronuncie acerca de la procedencia o no de la prestación económica.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Con fundamento en los antecedentes expuestos, el Despacho se plantea los siguientes problemas jurídicos: ¿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. FAMISANAR** y/o la **A.F.P. PROTECCIÓN** han vulnerado los derechos fundamentales a la Seguridad Social y al Mínimo Vital de la señora **MARIA ALCIRA LEÓN RAMOS** al negarle el pago de las incapacidades superiores a los 180 días?

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 éstos 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 (T-008 DE 2018)

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.

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.

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.

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

³ Sentencia T-140 de 2016.

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...”.

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 JURISPRUDENCIAL (T-401 DE 2017 y T-246 DE 2018)

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.

Desde un primer momento, el Legislador estableció un apartado especial para la regulación de los auxilios económicos por incapacidad laboral. En el artículo 227 del Código Sustantivo de Trabajo, determinó que los mismos se ofrecerían “*en caso de incapacidad comprobada para desempeñar las labores, ocasionada por enfermedad no profesional*” y determinó tanto la cantidad por la que serían reconocidos como los sujetos

obligados a otorgarlos. Igualmente, el Decreto 2351 de 1965, aún vigente, prevé en su artículo 16 la obligación del empleador de reinstalar al empleado que se hubiere encontrado incapacitado por causa de enfermedad común. En virtud de esta norma, los dictámenes médicos determinan si la reincorporación debe hacerse al mismo puesto de trabajo o a otro compatible con la capacidad física del trabajador.

Después, el Decreto 770 de 1975 sustrajo de la órbita de responsabilidad del empleador el pago del auxilio de incapacidad, para radicarlo en cabeza de un agente externo a la relación laboral. De este modo, el artículo 9º de dicha normativa asignó al Instituto de Seguros Sociales la responsabilidad del pago de *“un subsidio en dinero equivalente a las dos terceras (2/3) partes de[l] (...) salario de base, subsidio que (...) se reconocerá por el término de 180 días continuos o discontinuos siempre que la interrupción no exceda de 30 días”*.

Posteriormente, la Ley 100 de 1993 contempló la figura de la incapacidad en su artículo 206, conforme al cual los afiliados al Régimen Contributivo en salud tienen derecho al reconocimiento dinerario por incapacidades generadas por enfermedad común. Así mismo, el Decreto 2463 de 2001 dispuso que las AFP, previo concepto favorable de recuperación, tienen la potestad de postergar la calificación de pérdida de la capacidad laboral hasta por 360 días posteriores a los 180 que se encuentran a cargo de las EPS siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Esta disposición se mantuvo en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, norma que actualmente regula la materia.

RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES LABORALES SUPERIORES A 180 DÍAS

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. En virtud de dicha disposición *“[e]n el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente”*.

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

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

"ARTÍCULO 142. CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ. El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, quedará así:

"Artículo 41. Calificación del Estado de Invalidez. El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.

El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional.

Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, ARP, aseguradora o entidad promotora de salud) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudir en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la respectiva entidad.

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 **Administradora de Fondos de Pensiones** a la que está afiliado el trabajador⁴, **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.

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. 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.

⁴ Sentencias T-485 de 2010, T-333 de 2013, T-698 de 2014 y T-097 de 2015.

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 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 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 caso⁵.

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.

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”*⁶.

No obstante lo anterior, 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 legal referida 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

⁵ Sentencia T-419 de 2015.

⁶ Sentencia T-920 de 2009 y Concepto Jurídico 201511400874021 de 21 de mayo de 2015 del Ministerio de Protección Social.

indicado que una de las entidades del SGSS debe asumir el subsidio de incapacidad en estos casos pues la indeterminación legal no es una carga que deba ser soportada por el afiliado quien, por demás, se encuentra en situación de vulnerabilidad debido a sus condiciones de salud. Además, ello desconocería la igualdad en relación con los trabajadores afectados por enfermedades de origen laboral.

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 los fondos de pensiones 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 ocasiones⁷.

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 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:

⁷ Sentencias T-268 de 2020, T-146 de 2016, T-004 de 2014, T-333 de 2013, T-729 de 2012, T-920 de 2009.

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 Corte⁸ 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 prorroga 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”*⁹.

CASO CONCRETO

La señora **MARIA ALCIRA LEÓN RAMOS** actuando en nombre propio interpone acción de tutela en contra de **FAMISANAR E.P.S.** y de la **A.F.P. PROTECCIÓN**, por considerar que han vulnerado sus Derechos Fundamentales a la Seguridad Social y al Mínimo Vital, al negar el reconocimiento y pago de las incapacidades que le fueron generadas entre el 20 de noviembre de 2020 y el 19 de enero de 2021.

Conforme a ello, lo primero que debe advertirse, es que la presente acción de tutela cumple con el requisito de inmediatez, toda vez que entre el 20 de noviembre de 2020 -fecha desde la cual la accionante reclama el pago de sus incapacidades- y la fecha de presentación de la tutela -21 de enero de 2021-, ha transcurrido un término razonable.

De otro lado, en atención a la naturaleza prestacional del derecho que se reclama, es necesario, previo a realizar un análisis de fondo, determinar si en el presente caso se

⁸ Sentencia T-144 de 2016.
⁹ Ministerio de Salud y Protección Social. Conceptos 201511600088971 de 26 de enero de 2015 y 201611601330861 del 7 de julio de 2016.

cumple el requisito de subsidiariedad, o si por el contrario debe acudir al mecanismo ordinario de defensa judicial ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Al respecto, se encuentra probado, que la señora **MARIA ALCIRA LEÓN RAMOS** se encuentra afiliada a **FAMISANAR E.P.S.** en calidad de cotizante activa, y que dicha afiliación es como trabajadora dependiente con el empleador **C.I. SUNSHINE BOUQUET S.A.S.**, tal como se observa en los conceptos de rehabilitación¹⁰.

Ahora, la accionante manifiesta en el escrito de tutela que el no pago de las incapacidades desde hace más de tres meses ha generado una grave afectación a su mínimo vital, viéndose vulneradas incluso sus necesidades básicas de alimentación. Frente a ello, revisada la certificación de incapacidades allegada por FAMISANAR E.P.S.¹¹, se observa que el salario base de cotización de la accionante corresponde a un salario mínimo, hecho que permite concluir, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional¹², que los ingresos percibidos apenas le alcanzan para garantizar su mínimo vital, lo que evidencia su incapacidad económica; situación que no fue desvirtuada por las entidades accionadas.

Las anteriores circunstancias, en criterio del Despacho, hacen procedente el mecanismo constitucional toda vez que se comprueba la afectación del derecho al mínimo vital, en tanto las incapacidades que reclama la actora constituyen la única fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades básicas, por lo que los medios ordinarios de defensa no resultan idóneos ni eficaces¹³.

Establecido lo anterior, procede el Despacho a realizar un pronunciamiento de fondo respecto de las incapacidades cuyo pago se pretende por parte de la accionante:

(i) De conformidad con el certificado de incapacidades allegado por la **E.P.S. FAMISANAR**, se tiene que a la señora **MARIA ALCIRA LEÓN RAMOS** le han sido generadas incapacidades desde el 10 de octubre de 2000 hasta el 18 de febrero de 2021 por diversos diagnósticos.

(ii) Indica la **E.P.S. FAMISANAR** que la actora presenta una incapacidad continua mayor a 90 días, por los periodos comprendidos entre el **22 de noviembre de 2019 y el 18 de febrero de 2021**, para un total de 391 días, correspondiendo el día 180 al **11 de julio de 2020**.

10 Páginas 11, 13 y 15 del archivo pdf "005.ContestaciónFamisanar".

11 Páginas 16 a 19 del archivo pdf "005.ContestacionFamisanar".

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

13 De conformidad con el criterio expuesto por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-008 de 2018.

Sin embargo, revisado el certificado de incapacidades allegado por la entidad, encuentra el Despacho que las incapacidades correspondientes del **22 de noviembre de 2019 al 14 de marzo de 2020** fueron generadas por diagnósticos diversos, que no tiene relación directa entre sí, por lo que no pueden entenderse como una prórroga de la primera incapacidad generada en noviembre de 2019, tal como se observa a continuación:

DESDE	HASTA	DIAS OTORGADOS	DIAGNOSTICO	
22/11/2019	24/11/2019	3	L958	OTRAS VASCULITIS LIMITADAS DE LA PIEL
16/12/2019	19/12/2019	4	R103	DOLOR LOCALIZADO EN OTRAS PARTES INFERIORES DEL ABDOMEN
27/12/2019	2/01/2020	7	M751	SINDROME DE MANGUITO ROTATORIO
15/01/2020	1/02/2020	18	F432	TRANSTORNOS DE ADAPTACION
14/02/2020	14/03/2020	30	F331	TRANSTORNO DEPRESIVO RECURRENTE EPISODIO MODERADO PRESENTE

(iii) Así las cosas, de cara al objeto de la presente acción de amparo, puede evidenciarse que la actora ha estado incapacitada de manera continua desde el **15 de marzo de 2020 hasta el 18 de febrero de 2021** así: del 15/03/2020 al 19/12/2020 a causa del diagnóstico “M751 Síndrome de manguito rotatorio”; del 21/12/2020 al 19/01/2021 por el diagnóstico “M771 Epicondilitis lateral”¹⁴; y del 21 de enero de 2021 al 18/02/2021 a causa del diagnóstico “G560 Síndrome del túnel carpiano”¹⁵, tal como se observa en la siguiente tabla:

DESDE	HASTA	DIAS OTORGADOS	DIAS ACUMULADOS	ESTADO	DIAGNOSTICO
15/03/2020	13/04/2020	30	30	PAGADA	M751
15/04/2020	14/05/2020	30	60	PRE-LIQUIDIACION	M751
15/05/2020	12/06/2020	29	89	PRE-LIQUIDIACION	M751
13/06/2020	11/07/2020	29	118	PRE-LIQUIDIACION	M751
12/07/2020	12/07/2020	1	119	NEGADA	M751
23/07/2020	21/08/2020	30	149	NEGADA	M751
22/08/2020	20/09/2020	30	179	RADICADA	M751
21/09/2020	20/10/2020	30	209	PAGADA	M751
21/10/2020	19/11/2020	30	239	PAGADA	M751
20/11/2020	19/12/2020	30	269	NEGADA	M751
21/12/2020	19/01/2021	30	299	NEGADA	M771
20/01/2021	20/01/2021	1	-----	NEGADA	F238
21/01/2021	18/02/2021	29	328	NEGADA	G560

TOTAL DIAS ACUMULADOS 328

(iv) Debe resaltarse que se hace alusión a los diagnósticos M771 y G560 como una prórroga de las incapacidades generadas con ocasión del diagnóstico M751, como quiera

14 Conforme a la Tabla de Clasificación Estadística internacional de enfermedades y problemas relacionados con la salud, decima revisión (CIE – 10). Visible en: <http://idsn.gov.co/site/web2/images/documentos/RIPS/CIE-10.pdf>
15 Ibídem.

que los mismos tienen relación directa con este último, al tratarse de patologías relacionadas con trastornos de los nervios y los tejidos blandos.

(v) Así las cosas, tal como se observa en la relación anexa en el punto (iii), el día 180 de incapacidades sucesivas corresponde al **21 de septiembre de 2020**. Después de dicha data, a la accionante se le siguieron generando incapacidades hasta el 18 de febrero de 2021, cuyo pago, conforme el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, correspondería a la **A.F.P. PROTECCIÓN**.

(vi) Al respecto, la **A.F.P. PROTECCIÓN** en su contestación adujo que *“la EPS solo hasta el 8 de octubre de 2020 remitió el concepto de rehabilitación, razón por la cual, durante este lapso, la EPS debió asumir el pago de las incapacidades acorde a lo establecido en el artículo 142 del decreto 019 de 2012”*, pero sin allegar soporte probatorio alguno de dicha afirmación.

(vii) Por su parte, la **E.P.S. FAMISANAR**, junto con su escrito de contestación allegó copia del concepto de rehabilitación desfavorable No. 20915763-4162893 del **24 de julio de 2020**, el cual fue remitido a la **A.F.P. PROTECCIÓN** el **26 de julio de 2020**, según dan cuenta tanto el documento denominado *“NOTIFICACION ELECTRÓNICA PERSONA JURÍDICA”*¹⁶, así como la respuesta al requerimiento efectuado mediante el Auto de Sustanciación No. 081 del 29 de enero de 2021¹⁷.

Pues bien, a efectos de establecer a cuál de las entidades accionadas le corresponde pagar la prestación económica causada con posterioridad al día 180, se tiene que 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 que corresponda. 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.

Atendiendo lo anterior, se encuentra acreditado que la **E.P.S. FAMISANAR** emitió y remitió el concepto de rehabilitación de la accionante dentro de los términos establecidos en la norma, pues lo expidió el 24 de julio de 2020, poniéndolo en conocimiento de la AFP el 26 del mismo mes y año, esto es, antes del día 150 (22 de agosto de 2020).

¹⁶ Página 12 del archivo pdf “005.ContestacionFamisanar”.

¹⁷ Página 2 del archivo pdf “009.ContestacionRequerimientoFamisanar”.

Significa ello, que la EPS remitió oportunamente el concepto de rehabilitación a la AFP, de conformidad con lo previsto en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, por lo que le corresponde a la AFP reconocer el pago de las incapacidades temporales generadas a partir del día 181.

En este punto, es menester resaltar, que no son de recibo los argumentos esgrimidos por la **A.F.P. PROTECCIÓN** para negar el pago de la incapacidad, pues tal y como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, 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 debe el trabajador soportar la carga que surge ante el vacío legal. Lo anterior por cuanto, ha señalado la Corte, el pago de tales incapacidades debe efectuarse por parte del fondo de pensiones, 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 los 360 días adicionales a los primeros 180.

En consecuencia, se concederá el amparo y se ordenará a la **A.F.P. PROTECCIÓN** la liquidación y el pago de las incapacidades generadas desde el **20 de noviembre de 2020** hasta el **18 de febrero de 2021**, fecha de la última incapacidad acreditada en el plenario.

Se desvinculará a la **E.P.S. FAMISANAR** 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 a la Seguridad Social y al Mínimo Vital de la señora **MARIA ALCIRA LEÓN RAMOS** en contra de la **A.F.P. PROTECCIÓN**.

SEGUNDO: ORDENAR a la **A.F.P. PROTECCIÓN**, que en el término de **DIEZ (10) DÍAS HÁBILES** siguientes a la notificación de esta providencia, liquide y pague las incapacidades de la señora **MARIA ALCIRA LEÓN RAMOS**, generadas desde el 20 de noviembre de 2020 hasta el 18 de febrero de 2021, conforme lo expuesto en la parte motiva de esa providencia.

TERCERO: DESVINCULAR a **FAMISANAR E.P.S.** por falta de legitimación en la causa.

CUARTO: 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 decisión.

Por motivos de salud pública, y en acatamiento de las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura para evitar la propagación del coronavirus COVID-19, la impugnación deberá ser remitida al email: j08lpbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

QUINTO: En caso que la presente sentencia no sea impugnada, por Secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIANA FERNANDA ERASSO FUERTES
JUEZ