



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO DIECIOCHO DE FAMILIA DE BOGOTÁ D.C**

**ACCIÓN DE TUTELA
No. 1100131100-18-2021-00114-00**

Bogotá D.C., DIECISEIS (16) DE MARZO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021)

Procede el despacho a emitir fallo dentro del presente trámite de acción de tutela interpuesta por la señora AMARIDES MEJÍA LÓPEZ en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y EPS FAMISANAR, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital, salud y vida digna.

I. ANTECEDENTES FÁCTICOS

Fundamentó la acción constitucional en los siguientes hechos:

“**PRIMERO:** Como se puede evidenciar en el Registro Único de Afiliados –**RUAF**, estoy afiliada al Régimen Contributivo como Activo Cotizante desde el 01/12/2018 con servicio de **E.P.S. FAMISANAR S.A.S.**; aporto como Cotizante Activo al Régimen de Prima Media a través de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** desde el 10/02/2003; cuento con el amparo de la Administradora de Riesgos Laborales desde 01/01/2019 como Activo de **SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA** y disfruto de los servicios que presta la Caja de Compensación Familiar **COMPENSAR** desde el 01/08/2017.[...]”

SEGUNDO: Aproximadamente el día **17 de noviembre de 2019**, sufrí una caída y tuve fractura en la Columna en la Vértebra T12, dejando secuelas constantes de dolor en la espalda, porto un corsé ortopédico para lograr ponerme de pie, con manejo farmacológico, intervencionista y anestésico a través de la Clínica del Dolor, y reportado ante Medicina Laboral, tal como se puede constatar en la Historia Clínica expedida por el **INSTITUTO LATINOAMERICANO DE NEUROLOGÍA Y SISTEMA NERVIOSO – ILANS SAS**, el día **21 de enero de 2021**. [...]

TERCERO: Soy una paciente de 70 años que padece enfermedades crónicas como: **OSTEOPOROSIS, HIPERTENSIÓN ESENCIAL Y FRACTURAS DE OTRAS VÉRTEBRAS CERVICALES**, como lo puede corroborar, Señor Juez, en el diagnóstico de la Historia Clínica. Con ocasión a estas patologías, **ILANS S.A.S.** me remite a **JUNTA MÉDICA DE TRES Y HASTA CUATRO ESPECIALISTAS DE NEUROLOGÍA**, [...]

CUARTO: **FAMISANAR E.P.S.**, me expide certificados de incapacidades médicas continuas

hasta la fecha, debidamente radicadas ante la EPS [...]

No obstante, al radicar las incapacidades me rechazan el pago desde el mes de **noviembre de 2020** sin que a la fecha cuente con el reconocimiento económico, porque argumenta **FAMISANAR E.P.S.** que ya ha pasado más de un (1) año de incapacidades continuas y le corresponde a **COLPENSIONES** hacerse cargo después del día 180.

QUINTO: Tal es así, que el **INSTITUTO** que ha realizado mi valoración, ha conceptuado que debo tener seguimiento por **FISIATRÍA y CLÍNICA DEL DOLOR**, con un Tac de Columna Dorsal para revisar en seis (6) meses el tratamiento quirúrgico de la columna. Extendiendo de la misma forma, la incapacidad médica y remitiendo mi caso a Medicina Laboral. [...]

SEXTO: Como se puede observar en el certificado expedido por **E.P.S. FAMISANAR S.A.S.**, tengo registradas incapacidades desde **17/11/2019** hasta el día **18/01/2021**, así:



EPS FAMISANAR S.A.S

NT 830003564

CERTIFICA QUE:

AMARIDES MEJIA LOPEZ
 CC 26738668

Registra incapacidades desde Fecha inicial 17/11/2019 hasta Fecha final 18/01/2021. De la siguiente manera:

N° con	N° Incapac.	Fecha Inicial	Fecha Final	Cód. Diag.	Salario Base Liquidac.	N° Dias Incap.	N° Dias pago	Valor total pagado	Identificación Empresa	Estado	Causal Negación
1	0007370988	17/11/2019	19/11/2019	T149	\$ 806,151	3	1	\$ 27,804	NT 900079520	Pagada	
2	0007372668	20/11/2019	22/11/2019	S320	\$ 806,151	3	1	\$ 27,804	NT 900079520	Pagada	
3	0007314894	30/11/2019	07/12/2019	S320	\$ 806,151	8	8	\$ 186,623	NT 900079520	Pre-Liquidador	
4	0007374018	08/12/2019	30/12/2019	S320	\$ 806,151	23	23	\$ 634,889	NT 900079520	Pagada	
5	0007430877	31/12/2019	29/01/2020	S220	\$ 869,091	30	29	\$ 772,908	NT 900079520	Pagada	
6	0007476076	30/01/2020	27/02/2020	S220	\$ 869,091	29	29	\$ 848,543	NT 900079520	Pagada	
7	0007874037	28/03/2020	11/04/2020	S320	\$ 877,803	15	13	\$ 380,381	NT 900079520	Pagada	
8	0007883747	12/04/2020	15/04/2020	S220	\$ 877,803	4	2	\$ 58,520	NT 900079520	Pagada	
9	0007883731	16/06/2020	17/06/2020	S220		2				Negada	Los dos (2) primeros días de incapacidad son a cargo del empleador, no genera reconocimiento por parte de la EPS. Decreto 1042 de 2015.
10	0007883758	15/06/2020	17/07/2020	S220	\$ 877,803	30	30	\$ 877,803	NT 900079520	Pagada	
11	0007873866	18/07/2020	01/08/2020	S320	\$ 877,803	15	13	\$ 380,381	NT 900079520	Pagada	
12	0007893753	04/08/2020	03/09/2020	S220	\$ 877,803	30	30	\$ 877,803	NT 900079520	Pagada	
13	0007893764	03/09/2020	02/10/2020	M485	\$ 877,803	30	29	\$ 819,283	NT 900079520	Pagada	
14	0007773290	03/10/2020	01/11/2020	R522		30				Negada	Usuario presenta incapacidades continuas que superan los 180 días, debe ser tramitada ante la Administradora de Fondo de Pensiones. Artículo 227 del Código Sustantivo Laboral. Artículo 142 Decreto 019 de 2012.
15	0007773302	03/11/2020	02/12/2020	S220		30				Negada	Usuario presenta incapacidades continuas que superan los 180 días, debe ser tramitada ante la Administradora de Fondo de Pensiones. Artículo 227 del Código Sustantivo Laboral. Artículo 142 Decreto 019 de 2012.
16	0007887556	03/12/2020	01/01/2021	M808		30				Negada	Usuario presenta incapacidades continuas que superan los 180 días, debe ser tramitada ante la Administradora de Fondo de Pensiones. Artículo 227 del Código Sustantivo Laboral. Artículo 142 Decreto 019 de 2012.

La misma Entidad Promotora de Servicios, registra las negaciones de las incapacidades generadas desde el **03/10/2020 hasta 01/01/2021**, con la descripción en la **CAUSAL DE NEGACIÓN**, como:

(...) 'Usuario **presenta incapacidades continuas que superan los 180 días, debe ser tramitada ante la Administradora de Fondo de Pensiones.** Artículo 227 del Código Sustantivo Laboral. Artículo 142 Decreto 019 de 2012'. (Resaltado fuera de texto).

SÉPTIMO: Con el respaldo de las Historias Clínicas, **E.P.S. FAMISANAR S.A.S.**, me ha expedido el **CONCEPTO DE REHABILITACIÓN FAVORABLE**, emitido el día **12 de**

marzo de 2020, por el Dr. **RICARDO ALVAREZ CUBILLOS**, Médico Laboral. [...]

OCTAVO: El día **10 de noviembre de 2020**, tal como lo refirió la **EPS FAMISANAR S.A.S.**, radiqué formalmente bajo radicado No. **2020_11442184** en la Oficina de Medicina Laboral de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**. [...]

NOVENO: El día **9 de diciembre de 2020**, recibo contestación del Fondo de Pensiones, bajo el radicado No. **2020_12617553**, me informan que están dando traslado a la dependencia correspondiente para el reconocimiento económico correspondiente. No obstante, a la fecha 25 de febrero de 2021, aún no me han desembolsado.

DÉCIMO: El día **4 de diciembre de 2020**, recibo comunicación de **COLPENSIONES**, con identificación No. **BZ2020_11442184-2601271**, el cual me informa que no me reconocerán las incapacidades generadas desde el **03/10/2020 hasta el 01/11/2010**, por considerarse a incapacidad anterior al día 180. Pero tampoco fue reconocida por **FAMISANAR E.P.S.** [...]

DÉCIMO PRIMERO: El día **17 de diciembre de 2020**, la misma entidad me refiere con su radicado No. **BZ2020_12617553-2706592**, reiterándome que no se harán efectivos los pagos correspondientes a las incapacidades que he radicado. En el mismo sentido, refiere que el subsidio de incapacidad está sujeto al concepto de rehabilitación expedido por **FAMISANAR EPS**. Y [sic] que sea **FAVORABLE**. Sin embargo, como usted lo pudo notar, Señor Juez, la Entidad Promotora ya emitió el respectivo concepto, calendarado **marzo de 2020**, y que no ha sido considerado por **COLPENSIONES**, [...].

DÉCIMO SEGUNDO: Finalmente, en el **15 de enero de 2021**, bajo el No. **2021_382423**, la Oficina Seccional Chapinero de **COLPENSIONES**, vuelven a informarme que mi solicitud de pago de incapacidades sigue en trámite y se encuentra en estudio mi solicitud. [...]

Empero, a la fecha no he recibido la cancelación de mis incapacidades médicas ni por parte de **E.P.S. FAMISANAR S.A.S.**, ni por parte de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**.

DÉCIMO TERCERO: Como bien lo ha definido la Honorable Corte Constitucional, el pago de mis incapacidades médicas se constituye en mi salario que permite solventar mi sustento básico como el pago de arriendo, servicios públicos, alimentación, y demás gastos para alcanzar una vida digna. Sin el pago de mis incapacidades médicas, me pone en una situación de riesgo vulnerable ya que estoy actualmente incapacitada para buscar otra alternativa de trabajo, adicional a mi alta edad, estoy sufriendo los rigores de la pobreza.

DÉCIMO CUARTO: Señor Juez, actualmente he tenido que recurrir a muchos préstamos pero ya nadie me colabora, en razón a que debo mucho dinero y ya ni para el pago de los servicios públicos, igualmente estoy atrasada en el pago de mis obligaciones personales, las cuales pensaba cubrir con el pago de las incapacidades. Estoy pasando serias dificultades no solo por mi delicado estado de salud, sino por no tener ingresos fijos y todo bajo el beneplácito de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y FAMISANAR E.P.S.**

Es por todo lo anterior que acudo ante su despacho con el fin de obtener la

efectiva protección de mis derechos fundamentales de orden constitucional que vienen siendo vulnerados por las aquí accionadas quienes abusando de su posición dominante me han sometido a una serie de trámites inexplicables, con el fin de no reconocerme ni pagarme las incapacidades a que tengo derecho por ley para así poder llevar una vida en condiciones dignas. Y desconociendo totalmente, mi protección constitucional por ser adulto mayor en **CONDICIÓN DE DEBILIDAD MANIFIESTA**".

II. PRETENSIONES

Peticionó la solicitante del amparo constitucional que se protejan sus derechos al mínimo vital, en conexidad con la vida, salud y vida digna y por esta vía, se ordene "a quien corresponda conforme a su responsabilidad, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y E.P.S. FAMISANAR S.A.S.**, que procedan dentro del término que su digno despacho disponga, a reconocer y pagar las incapacidades médicas que me fueron dadas desde el 02 de octubre de 2020 y las demás que se generen con ocasión a la evolución de las enfermedades que padezco".

Igualmente para que no presenten obstáculos administrativos en el reconocimiento y pago de incapacidades médicas que le sean expedidas, pues ello va en detrimento de sus afiliados.

III. TRÁMITE PROCESAL

- 3.1 La acción de tutela fue interpuesta el 3 de marzo de 2021, correspondiéndole por reparto a este despacho.
- 3.2 Por auto de la misma fecha se admitió la acción, ordenando notificar a las accionadas COLPENSIONES y EPS FAMISANAR, a quien se le requirió para que contestara cada uno de los hechos en que se fundamenta la presente acción de tutela y allegara las pruebas que creyera pertinentes. De igual manera se ordenó vincular a SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA, CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR y a la CLÍNICA DEL DOLOR E INSTITUTO LATINOAMERICANO DE NEUROLOGÍA Y SISTEMA NERVIOSO – ILANS SAS, para los efectos enunciados.
- 3.3 Mediante decisión del 5 de marzo de 2021, se ordenó la vinculación al presente trámite constitucional de la PERSONERÍA DE BOGOTÁ, otorgando el mismo término y para idénticos fines enunciados.
- 3.4 Por auto del 12 de marzo de 2021, se ordenó vincular a la empresa DBELEN S.A., empleadora de la accionante por ella referenciada telefónicamente, por el término de dos (2) horas, para los fines mencionados y, además, para que indicara si se encuentra al día en los pagos por concepto de aportes de la accionante desde el 04/01/2021 en adelante, allegando los soportes del caso.

IV. CONTESTACIÓN DE LAS ACCIONADAS Y VINCULADAS

- 4.1 EPS FAMISANAR:

Indicó que la accionante se encuentra con estado de afiliación ACTIVO, en calidad de cotizante en la entidad.

Señaló que la usuaria cuenta con 327 días de incapacidad del 17/11/19 al 18/01/21, habiendo cumplido 180 días el 20/06/20, por lo que, a partir del 21/06/20 el reconocimiento de las incapacidades está a cargo del AFP y adjuntó concepto desfavorable de rehabilitación de fecha 12/03/20, notificado a COLPENSIONES el día 17/03/20.

Manifestó que, debido a la interrupción en las incapacidades se generó un segundo concepto DESFAVORABLE de rehabilitación el 12/03/20 notificado a COLPENSIONES el 23/11/2020.

Aportó copia del concepto desfavorable de rehabilitación de la accionante del 12 de marzo de 2020 y de su radicado en la AFP COLPENSIONES el día 17/03/2020; copia de la comunicación de fecha 16 de noviembre de 2020 radicada en COLPENSIONES el día 23 de noviembre de 2020, mediante la cual remitió dicho concepto; certificado de incapacidades que registra la actora desde el 17/11/2019 al 17/02/2021, en el que se observa su no pago por parte de la entidad a partir de la generada el día 03/10/2020, indicando que deben ser tramitadas ante la AFP.

Señaló que las pretensiones de la accionante no son competencia de la EPS, por lo que se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva y solicitó declarar la improcedencia de la acción contra la entidad.

4.2 COLPENSIONES

Precisó que el pago de incapacidades de origen común y que son continuas, a partir del día 181 es responsabilidad del AFP hasta el día 540, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación y no exista interrupción mayor a 30 días calendario de continuidad en los periodos de incapacidad, pues de ocurrir esta circunstancia, se estaría frente a una nueva incapacidad que originaría el pago de los dos primeros días por parte del empleador y a partir del tercer día por parte de la EPS.

Explicó las etapas del procedimiento para el reconocimiento y pago de incapacidades de la AFP.

Sobre el caso concreto de la accionante se limitó a solicitar denegar la acción por considerar que sus pretensiones son improcedentes, afirmando que COLPENSIONES no ha vulnerado los derechos reclamados.

4.3 ARL SURA

Indicó que la accionante se encuentra afiliada a la entidad desde el 25 de marzo de 2008 y cuenta con un expediente por accidente de trabajo ocurrido

el 17 de marzo de 2007, por trauma en dedo de la mano derecha, sin secuelas funcionales.

Manifestó que el reconocimiento de las incapacidades que le ha generado el diagnóstico que menciona en la tutela son responsabilidad de la EPS y/o AFP, por lo que solicitó su desvinculación del presente trámite.

4.4 COMPENSAR CAJA DE COMPENSACIÓN

Señaló que no tiene competencia para pronunciarse sobre el reconocimiento de incapacidades deprecado por la accionante.

Argumentó la falta de legitimación en la causa por pasiva, dado que las pretensiones de la actora no le resultan oponibles a COMPENSAR, si no que van dirigidas a FAMISANAR EPS y COLPENSIONES.

Adjuntó a la respuesta, certificación del estado de aportes parafiscales a esa caja por parte de la accionante.

Solicitó denegar la acción contra esa entidad por improcedente.

4.5 DBELEN S.A.

Manifestó que ha realizado cumplidamente los aportes a seguridad social durante todo el tiempo que la accionante ha estado vinculada laboralmente a la empresa y adjunta certificado de aportes generado en línea.

Aseguró que tiene conocimiento de las incapacidades que ha tenido la accionante, las cuales superan los 180 días, por lo que la actora está realizando el trámite ante COLPENSIONES.

4.6 Las demás entidades vinculadas no dieron respuesta a la acción.

CONSIDERACIONES

1. De la acción de tutela.

Establece el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 la acción de tutela, constituyéndola como mecanismo preferente y sumario, cuya finalidad es la protección de los derechos fundamentales de las personas que hayan sido conculcados por acción u omisión de las autoridades o de los particulares.

2. Problema Jurídico

Teniendo en cuenta los hechos que soportan la presente súplica constitucional, debe resolver este despacho los siguientes problemas jurídicos:

- ¿Es procedente la acción de tutela para el pago de acreencias de carácter laboral como es el caso de las incapacidades por enfermedad?
- ¿La Administradora de Pensiones Colpensiones – COLPENSIONES y/o la EPS FAMISANAR vulneraron los derechos al mínimo vital, salud y vida digna de la accionante, al no haber realizar el pago de las incapacidades por ella solicitadas?

Para dar respuesta a la solicitud impetrada, se requiere realizar las apreciaciones que a continuación se señalan.

3. Procedencia de la acción de tutela para el pago de incapacidades laborales.

Sea menester indicar que, dada la naturaleza excepcional de la acción de tutela y su característica de mecanismo subsidiario, por regla general, es improcedente para debatir asuntos relacionados con acreencias de carácter laboral. No obstante la regla anterior tiene sus excepciones tratándose de eventos en los cuales está de por medio la protección de otro tipo de derechos de contenido ius-fundamental, como es el caso del mínimo vital y el derecho a la vida.

En materia de incapacidades laborales y su pago por parte de las entidades encargadas dentro del Sistema General de Seguridad Social, se tiene que:

“El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. No solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia. En complemento de lo anterior, se presume la afectación del mínimo vital de un trabajador cuando no recibe su salario y devenga un salario mínimo o cuando el salario es su única fuente de ingreso, constituyendo un elemento necesario para su subsistencia, al cubrir con ese dinero sus necesidades básicas, correspondiéndole a la E.P.S. o al empleador desvirtuar dicha presunción”.¹

Y tratándose específicamente de eventos en los cuales, es procedente la acción de tutela para el pago de las incapacidades laborales, se ha indicado:

“[...] la tutela puede proceder para reclamar prestaciones sociales, si se presentan ciertos supuestos como, (i) que sea presentada para evitar un perjuicio irremediable, (ii) que la falta de reconocimiento de una prestación social vulnere algún derecho fundamental como la vida, la dignidad humana o el mínimo vital y que (iii) la negativa del reconocimiento se origine en actuaciones que por su contradicción con los preceptos legales y constitucionales desvirtúen la presunción de legalidad de las actuaciones de

¹ C. Const., T-365/08. R. Escobar.

la administración pública o sea evidentemente arbitraria en caso de que sea un particular quien preste este servicio público.

Dentro de las prestaciones sociales se encuentra el reconocimiento y pago de incapacidades. Dicha prestación económica le es reconocida a los afiliados que han tenido una pérdida de capacidad temporal y, en consecuencia, no pueden desarrollar su oficio habitual.

La incapacidad puede ser generada por enfermedad común, o profesional o por un accidente laboral, en el primer caso, le corresponde asumir dicho pago a las Entidades Promotoras de Salud (EPS), en los dos últimos, a las Administradoras de Riesgos Profesionales (ARP).

Esta Corporación, en reiterada jurisprudencia ha establecido que si bien, el pago de incapacidades es un derecho económico, la ausencia de su reconocimiento puede involucrar la vulneración de derechos fundamentales, sobre todo, cuando dicho pago constituye, para el afiliado, la única fuente de recursos indispensables para atender las necesidades básicas, personales y familiares.

Entonces, siguiendo lo anterior, en los eventos en que la negativa de las EPS o las ARP, para reconocer y pagar las incapacidades otorgadas en virtud de una enfermedad común, profesional o accidente de trabajo, vulneren el mínimo vital del afiliado, la acción de tutela resulta procedente.

Se ha reiterado por esta Corporación que el pago de las incapacidades laborales reemplaza el salario durante el tiempo en que el trabajador se encuentre retirado de su oficio cotidiano, por lo que, además de ser una forma de remuneración, es la garantía del derecho a la salud. Así se ha dicho en reiterada jurisprudencia al establecer que el pago de las incapacidades 'no solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia."²

Del escrito jurisprudencial transcrito puede deducirse expresamente que la acción de tutela es el mecanismo procedente para reclamar el pago de acreencias laborales como es el caso de las incapacidades médicas, siempre y cuando se presente alguno de los siguientes escenarios:

- i. Que se requiera para evitar un perjuicio irremediable
- ii. Que la falta de reconocimiento de una prestación social vulnere algún derecho fundamental como la vida, la dignidad humana o el mínimo vital
- iii. La negativa del reconocimiento se origine en actuaciones que por su contradicción con los preceptos legales y constitucionales desvirtúen la presunción de legalidad de las actuaciones de la administración pública o sea evidentemente arbitraria en caso de que sea un particular quien preste este servicio público.
- iv. El pago de la incapacidad reemplaza al salario, por lo que su no pago genera la vulneración del mínimo vital.

² C. Const., T-498/10. G. Mendoza

4. De las incapacidades laborales y los sujetos obligados a su pago.

La Corte Constitucional ha sostenido que, cuando no se sepa quién es el responsable de cubrir determinadas incapacidades laborales, pero se tenga certeza que alguien debe pagarlas, so pena de ocasionar al trabajador una afectación inconstitucional en su derecho al mínimo vital, el juez de tutela debe obrar con la misma prontitud y señalar un responsable provisional del cumplimiento de esa obligación, dejando claramente entendido que existe la facultad de repetir contra quien sea el verdadero obligado.

En palabras textuales, dijo:

“3.3. La tutela es, entonces, procedente en ciertos casos para obtener el pago de incapacidades laborales. Cuando lo es, la tutela debe ser resuelta con una definición provisional acerca del sujeto que en principio está obligado al pago de las referidas incapacidades. Pero, la definición que al respecto pueda dar el juez de tutela en nada determina el verdadero y real origen que, de acuerdo con la ley y los reglamentos correspondientes, tienen la enfermedad o el accidente sufrido por el tutelante. Si alguna provisión se adopta en ese sentido, está justificada porque del pago de las incapacidades depende la garantía del mínimo vital del peticionario y de su familia. De manera que si el sujeto destinatario de las órdenes con las que concluyan las sentencias de tutela en esta materia, estima que es otro sujeto el que debe correr con ellas, debe iniciar el correspondiente trámite regular que el ordenamiento dispone para la definición del origen de las enfermedades o los accidentes, y para la consecuente determinación del sujeto legal y reglamentariamente obligado al pago de la prestación. Esa no es más que la aplicación concreta de una regla más general, empleada por la Corte en casos en los cuales se decide quién debe ser el responsable de cubrir una determinada prestación laboral o pensional, regulada por la ley. En efecto, en diversas ocasiones, referidas a solicitudes de orden pensional, la Corte Constitucional ha sostenido que las controversias administrativas acerca de cuál es, en definitiva, la entidad obligada y con competencia para realizar el reconocimiento o la devolución de aportes, no es una razón legítima para negarle o postergarle a una persona la protección que merece, a quien se le están limitando o desconociendo derechos fundamentales de un modo sensible y que justifica en últimas la existencia de todas las instituciones públicas (art. 2, C.P.). Así se afirmó en la sentencia T-418 de 2006, al decidir que no era constitucionalmente posible postergar el pago de mesadas pensionales debidamente reconocidas, mientras se resuelve una controversia administrativa sobre quién era el legal y reglamentariamente obligado a hacerlo. Se dijo, entonces: (...) la Corte ha considerado que la carga que conlleva la incertidumbre entre distintas entidades sobre cu[ál] de ellas debe asumir el pago de obligaciones pensionales ciertas e indiscutibles, no puede ser trasladada al titular del derecho. Menos aún, como se ha manifestado, cuando dicho titular depende del pago de la mesada a la que tiene derecho, para satisfacer el derecho al mínimo vital suyo y de su familia”.³

Ahora bien, con respecto a quién le corresponde el pago de las incapacidades la Corte estableció las pautas normativas vigentes en la materia:

“En consecuencia, las reglas jurisprudenciales y legales para el reconocimiento y pago

³ C.C. T-786/09 M. Correa

de las incapacidades laborales originadas en enfermedad común desde el día 1 hasta el 540 son las siguientes:

(i) Los primeros dos días de incapacidad el **empleador** deberá asumir el pago del auxilio correspondiente⁴.

(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. Como se indicó anteriormente, 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.

De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente⁵. (Negrita y subrayado fuera del texto)

Las anteriores precisiones tienen como fundamento las precarias situaciones en las que se encuentran las personas que reclaman incapacidades laborales, pues no solamente están aquejadas por una enfermedad o accidente, sino que también, en la medida en que no pueden continuar laborando normalmente, se ve afectado su ingreso, más aún cuando las entidades a las que le corresponde asumir el pago de las incapacidades someten a los usuarios a una espera injustificada de estas remuneraciones con la excusa de definir a quién le corresponde pagarlas, menoscabando, aún más, su condición.

De conformidad con lo expuesto y habiéndose clarificado jurisprudencialmente a quien le corresponde el pago de las incapacidades, responsabilidad que está determinada por el periodo de tiempo que se reclama, debe revisarse lo relativo a la interrupción de los periodos de las incapacidades que, en el sub lite, no superan los 30 días.

En ese sentido necesario resulta citar el art. 2.2.3.2.3. del Capítulo 11 titulado "REVISIÓN PERIÓDICA DE LA INCAPACIDAD, CONCEPTO DE REHABILITACIÓN" del Decreto 1333 del 27 de julio de 2018, el cual prevé: "Prórroga de la incapacidad. Existe prórroga de la incapacidad derivada de enfermedad general de origen común, cuando se expide una incapacidad con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión o por otra que tenga

⁴ Es indispensable aclarar que el empleador deberá asumir el pago de las incapacidades y en general de todas las prestaciones garantizadas por el Sistema de Seguridad Social Integral cuando no haya afiliado al trabajador o cuando a pesar de haber sido requerido por las entidades del sistema, se haya encontrado en mora en las cotizaciones al momento de ocurrir el siniestro. Ver: sentencias T-146 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-723 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa).

⁵ C. C. T-401/17 G. Ortiz

relación directa con esta, así se trate de diferente código CIE (Clasificación Internacional de Enfermedades), siempre y cuando entre una y otra, no haya interrupción mayor a 30 días calendario”.

Conjuntamente con lo transcrito, ha de tenerse en cuenta el concepto 2-2016-060190 emitido por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD sobre el pago de incapacidades por enfermedad general:

“[...] Ahora bien, es necesario precisar que en relación con las prórrogas o interrupciones de las incapacidades, no existe una norma que establezca las reglas en tal sentido, tal como lo ha sostenido el Ministerio de Salud y Protección Social, en reiterados conceptos tales como el radicado con el número 201511600088971 del 26 de enero de 2015 [...], en consecuencia las EPS aplican lo establecido en la Resolución 2266 del 6 de agosto de 1998, “Por la cual se reglamenta el proceso de expedición, reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones económicas por incapacidades y Licencias de Maternidad en el Instituto de los Seguros Sociales.”, el cual indica en su artículo 13 lo siguiente: “Se entiende por 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 una interrupción mayor a treinta (30) días calendario.” De conformidad con lo anteriormente expuesto y para efectos de reconocer y pagar la prestación económica en las proporciones indicadas en el artículo 227 del Código Sustantivo de Trabajo, se tendrá en cuenta que no haya transcurrido más de 30 días calendario entre incapacidad e incapacidad, originada por la misma enfermedad o lesión, para establecer que se trata de una prórroga de la inicial, o en el caso contrario, al transcurrir más de 30 días calendario entre la una y la otra, se estaría frente a una nueva incapacidad que originaría el pago de los dos primeros días por parte del empleador y a partir del tercer día por parte de la EPS respectiva”⁶.

Revisado el escrito contentivo de la acción de tutela, se tiene de manera palmaria que están acreditadas las incapacidades que, a consecuencia de la enfermedad padecida por la accionante, se generaron a su favor e, igualmente, se encuentra acreditado que ni FAMISANAR EPS, ni COLPENSIONES han cancelado las mismas, según manifestación efectuada por las accionadas.

Aunado a ello, se manifestó por la accionante que el ingreso de su salario y, en este caso, el de la incapacidad, se constituye en lo único por ella percibido para el sostenimiento propio y el su familia, por lo que el no pago genera, per-se, afectación directa al mínimo vital.

En ese sentido y según las normas y jurisprudencias citadas, a la EPS le corresponde cancelar las incapacidades del día 3 al 180 y al Fondo de Administración de Pensiones le corresponde el pago de las incapacidades a partir del día 180 y hasta el día 540, sin importar si el concepto de rehabilitación del afiliado emitido por la EPS es o no favorable (pero sí que se haya emitido y remitido a la AFP) y a partir del día 541 hasta que el afiliado restablezca su salud le corresponde a la EPS realizar el pago de las incapacidades.

En el sub júdice, se acreditó que dicho concepto fue emitido el 12 de marzo de 2020 y radicado en Colpensiones los días 17 de marzo de 2020 y 23 de noviembre de 2020 por la EPS y 10 de noviembre de 2020 por la actora, lo que indica que se

⁶ <https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/Conceptos/Cto%202-2016-060190%20-.pdf>

efectuó antes de fenecer los 150 días de plazo que tenía la entidad para remitirlo al fondo de pensiones.

No obstante lo anterior, en el caso que nos ocupa, las incapacidades tuvieron una primera interrupción, que no fue de más de 30 días puesto que, si bien existió un lapso entre las incapacidades emitidas para los periodos comprendidos entre el 30/01/2020 al 27/02/2020 y el 28/03/20 al 11/04/2020, los días transcurridos entre el 28 de febrero de 2020 al 27 de marzo de 2020 fueron solamente 29 días calendario, esto es, menos de los 30 días que exige la norma para que se entienda como una nueva incapacidad, según el art. 2.2.3.2.3. del Capítulo 11 del Decreto 1333 del 27 de julio de 2018.

No sucede lo mismo con la interrupción que se advierte entre las incapacidades emitidas para los periodos entre el 12/04/2020 al **15/04/2020** y **16/06/2020** al 17/06/2020, puesto que, entre el 16 de abril de 2020 y el 15 de junio de 2020, transcurrieron más de los 30 días que prescribe la norma, lo que claramente indica que, a partir del 16 de junio de 2020 se trata de una nueva incapacidad, significando ello que el conteo de días vuelve a iniciarse, a pesar de tratarse de la misma patología la que da origen al subsidio.

Es así cómo se establece que, al comenzar el número de días de incapacidad de la accionante a partir del día 16 de junio de 2020, solamente hasta el 15 de diciembre de 2020 se completan los 180 días de incapacidad, que deben ser reconocidas por su EPS, conforme las normas y jurisprudencia citadas y, del 16 de diciembre de 2021 en adelante, le corresponde al Fondo de pensiones reconocer el pago de las incapacidades, como quiera que se superaron los primeros 180 días de generación.

En ese orden de ideas, demostrado el no pago de las incapacidades que se constituyen en el único ingreso para la manutención de la accionante y su núcleo familiar, encuentra este despacho afectado directamente el mínimo vital de la solicitante por parte de FAMISANAR EPS y AFP COLPENSIONES, lo que conlleva a la procedencia de la acción que se invoca referente a este derecho.

En efecto, FAMISANAR EPS ha vulnerado el derecho al mínimo vital de la accionante, teniendo en cuenta que se inició un nuevo periodo de incapacidad el 16 de junio de 2020, el cual, solamente, hasta el día 15 de diciembre de 2020 superó los 180 días de incapacidad, bajo el precepto, que le corresponde a las EPS el pago de las incapacidades otorgadas desde el día 3 y hasta el día 180 y no lo ha realizado.

Es así que le corresponde el pago a la citada entidad de la incapacidades expedidas desde el 18 de junio de 2020 -toda vez que los primeros dos días los asume el empleador-, hasta el 15 de diciembre de 2020, por ser la EPS a la cual se encuentra afiliada la accionante al sistema de salud, habida consideración que tiene a su cargo el reconocimiento y pago de dichas incapacidades generadas y que puedan llegar a generarse a partir del día 541, en los términos señalados, como consecuencia de la enfermedad que padece la peticionaria. Téngase en cuenta en este punto, que la

EPS FAMISANAR, según las pruebas obrantes en el expediente, ya realizó el pago correspondiente a las incapacidades hasta el día 02/10/2020.

En consecuencia se ordenará a la FAMISANAR EPS, que dentro de los tres (3) días siguientes, contados a partir de la notificación de la presente determinación, si aún no lo ha efectuado, pague a la señora AMARIDES MEJÍA LÓPEZ, la totalidad de las prestaciones económicas derivadas de las incapacidades laborales por ella solicitadas a partir del día 03/10/2020 y hasta el día 15/12/2020, inclusive, así como las que, eventualmente, se causen a partir del día 541.

Por su parte, se advierte que también COLPENSIONES ha vulnerado el derecho al mínimo vital de la accionante, teniendo en cuenta que no ha cancelado las incapacidades causadas desde el día 181 y que están a su cargo hasta el día 540, límite temporal en el cual retorna la responsabilidad de pago a la EPS.

Es así que le corresponde a COLPENSIONES el pago de las incapacidades comprendidas desde el 16 de diciembre de 2020 en adelante y hasta que se cumpla el día 540 inclusive de las mismas, siempre y cuando no haya interrupción entre ellas por más de 30 días, como quedó plasmado en párrafos anteriores, por ser la AFP a la cual se encuentra afiliada la accionante al sistema de pensiones.

En consecuencia se ordenará a COLPENSIONES, que dentro de los tres (3) días siguientes, contados a partir de la notificación de la presente determinación, si aún no lo ha efectuado, pague a la señora AMARIDES MEJÍA LÓPEZ, la totalidad de las prestaciones económicas derivadas de las incapacidades laborales por ella solicitadas a partir del día 16 de diciembre de 2020 y hasta el día 17 de febrero de 2021, fecha que se reporta como calenda final del último periodo de incapacidad en el certificado remitido por la EPS de la usuaria y las que llegaren a causarse hasta el día 540 de incapacidad, inclusive, si no existe interrupción por más de 30 días calendario entre ellas.

Por último, respecto de las entidades convocadas, no se encuentra que las mismas hayan vulnerado derecho alguno de la peticionaria, pues como se explicó, el pago de incapacidades le corresponde a la AFP, por lo que no puede menos este despacho que desvincularlas de la presente acción de tutela.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Dieciocho de Familia del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales invocados por la señora AMARIDES MEJÍA LÓPEZ, conforme a lo dicho en las consideraciones del presente fallo.

SEGUNDO: ORDENAR a FAMISANAR EPS, que dentro de los tres (3) días siguientes, contados a partir de la notificación de la presente determinación, si aún no lo ha efectuado, pague a la señora AMARIDES MEJÍA LÓPEZ, la totalidad de las prestaciones económicas derivadas de las incapacidades laborales por ella solicitadas a partir del día 03/10/2020 y hasta el día 15/12/2020, así como las que, eventualmente, se causen a partir del día 541.

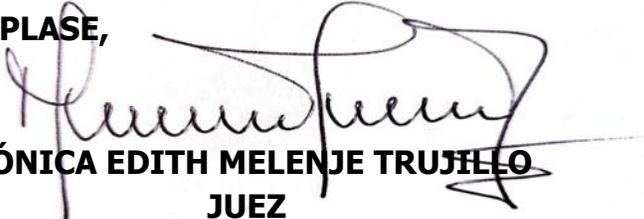
TERCERO: ORDENAR COLPENSIONES AFP que, dentro de los tres (3) días siguientes, contados a partir de la notificación de la presente determinación, si aún no lo ha efectuado, pague a la señora AMARIDES MEJÍA LÓPEZ, la totalidad de las prestaciones económicas derivadas de las incapacidades laborales por ella solicitadas, a partir del día 16 de diciembre de 2020 y hasta el día 17 de febrero de 2021, fecha que se reporta como calenda final del último periodo de incapacidad, conforme lo expuesto y las que llegaren a causarse hasta el día 540 de incapacidad, inclusive, si no existe interrupción por más de 30 días calendario entre ellas, límite temporal en el que retorna la obligación de pago a la EPS.

CUARTO: DESVINCULAR a las entidades convocadas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: Comuníquese la presente decisión a los intervinientes por el medio más expedito, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: En caso de no ser impugnado, remítase las actuaciones a la Corte Constitucional para una eventual revisión

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


MÓNICA EDITH MELENJE TRUJILLO
JUEZ