

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO CUARENTA Y CINCO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**  
**j45cctobt@cendoj.ramajudicial.gov.co**

Bogotá D.C., siete (7) de julio de dos mil veinte (2020)

**RADICADO:** 11001310304520200038801

**ACCIONANTE:** JAZMIN HELENA CASTIBLANCO PORRAS

**ACCIONADA:** FAMISANAR E.P.S., FONDO DE PENSIONES  
PROTECCION Y KOAJ PERMODA LTDA.

Procede el despacho a resolver la impugnación presentada por la accionante en contra del fallo de primera instancia proferido el 27 de mayo de 2020 por el Juzgado Veinticuatro Civil de Pequeñas Causas y competencia Múltiple de Bogotá, dentro de la acción de tutela de la referencia y previo el estudio de los siguientes,

**I. ANTECEDENTES**

1. En síntesis, indica la accionante que de acuerdo con su historial clínico, aportado ha sido diagnóstica con Epicondilitis Media, Epicondilitis Lateral, Contusión de otras partes de la muñeca y la mano, Postura anormal, tenosinovitis de miembros superior, accidente laboral con ruptura traumática extensores del índice y medio derecho con compromiso del extensor común, enfermedades que le han producido incapacidades por más de 180 días y han disminuido su desempeño laboral; adicionalmente informa que en el año 2017 tuvo un accidente de trabajo en la empresa PERMODA LTDA KOAJ, del cual se le calificó con un 0% de pérdida de capacidad laboral, encontrándose desde el 30 de noviembre de 2017 en un nuevo proceso de calificación. Indica que la EPS FAMISANAR reconoció sus incapacidades hasta el día 180 emitiendo un concepto desfavorable de rehabilitación el 30 de noviembre de 2019, concepto que remitió al fondo de Pensiones Protección para el reconocimiento y pago de las incapacidades a partir del día 181 a lo que de manera verbal dicha administradora respondió que por ser el concepto desfavorable no asumirían dicho valor y le sugieren terminar de presentar la documentación para la calificación de pérdida de capacidad laboral, situación que ha generado que desde el 1 de febrero de 2020 se haya afectado el mínimo vital de ella y de su familia compuesto por sus dos menores hijos.

2. Añadió que su empleador KOAJ PERMODA LTDA, le ha suspendido su contrato de trabajo desde el pasado 27 de abril del 2020, por la emergencia sanitaria que atraviesa el país y que nunca se le informó sobre la autorización que emitió el Ministerio del Trabajo sobre el particular y más en su situación de incapacidad.

3. Por lo anterior solicitó se ordene a quien corresponda el pago de las incapacidades posteriores al día 180, que no le habían sido canceladas por la EPS bajo el argumento de que tiene concepto desfavorable de rehabilitación, así como las futuras hasta que se resuelva de fondo sobre su pérdida de capacidad laboral y, por otro lado, que se ordene a su empleador que no suspenda su contrato de trabajo.

## II. TRÁMITE ADELANTADO

1. Sometida a reparto la presente acción constitucional le correspondió su conocimiento al Juzgado Veinticuatro Civil de Pequeñas Causas y competencia Múltiple de Bogotá, quien la admitió vinculando al Ministerio del Trabajo, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., Colfondos S.A. Pensiones y cesantías, seguros de vida Suramericana S.A. - ARL Sura-, Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, Junta Nacional de Calificación de Invalidez, Clínica de Ortopedia y Accidentes Laborales y Caja Colombiana de Subsidio Familiar Colsubsidio, disponiendo la notificación de la accionada y vinculados, instándolos para que ejercieran su derecho de defensa y se pronunciaran sobre los hechos que la fundamentan.

2. Dentro del término concedido la accionada **PERMODA KOAJ** oponiéndose a las pretensiones de la actora indicó que, en su caso, procedió a la suspensión del contrato por fuerza mayor o caso fortuito para lo cual no se requiere permiso por parte del Ministerio del Trabajo; adicionalmente que durante el término de dicha suspensión el vínculo contractual se encuentra vigente lo que conlleva a que a la fecha se estén realizando los aportes al Sistema General de seguridad social y demás prestaciones a lugar.

3. En su lugar la **EPS FAMISANAR** manifestó que efectivamente la actora se encuentra afiliada a esa entidad y presentó incapacidades continuas por 96 días entre el 8 de marzo y el 14 de noviembre de 2019, sin que se le hayan radicado incapacidades posteriores, por lo que de tenerlas debería adjuntarlas y, respecto de las radicadas, indicó que existen varias en preliquidación por lo que se debe acudir a las sedes para continuar el proceso de pago. Informó además que le fue emitido concepto desfavorable de rehabilitación el 30 de noviembre de 2019 y que en lo concerniente a las incapacidades la actora solamente presentó.

4. **EL MINISTERIO DEL TRABAJO** por su parte, señaló que no es competencia de esa entidad el pago de incapacidades y que las funciones de ésta consisten en controlar las actividades de los particulares y no emitir juicios de valor sobre los derechos de las partes.

5. En lo que respecta a **SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A. -ARL SURA** - expresó que no tuvo injerencia en la suspensión del contrato laboral.

6. La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** manifestó que la actora se encuentra allí afiliada y que no ha radicado ninguna solicitud de reconocimiento de invalidez o de subsidio de incapacidad temporal o de calificación de pérdida de capacidad laboral; además, que le fue radicado concepto desfavorable de rehabilitación por la EPS accionada el 9 de diciembre de 2019, a la que le corresponde el pago de las incapacidades.

7. **LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. y La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, manifestaron que la actora no está vinculada a dichas entidades.

8. **LA JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA** se pronunció en el sentido de que a esa entidad no le corresponde el pago de incapacidades y que en lo que respecta a la quejosa se le efectuó un dictamen el 8 de julio de 2019, en el que se determinó que los diagnósticos de contusión de otras partes de la muñeca y de la mano eran de origen laboral, los cuales ocurrieron el 28 de diciembre de 2017 y que generaron una pérdida de la capacidad laboral de 0%. Este dictamen fue remitido al superior, sin que conozca su resultado. En adición, no existen otros procesos de calificación relacionados con la accionante sobre diagnósticos diferentes al mencionado.

9. La **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** indicó que el 30 de abril de 2020 se resolvió el Recurso de Apelación propuesto por la actora en contra el dictamen de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, el cual fue confirmado y que en lo que respecta a epicondilitis media, epicondilitis lateral y tenosinovitis de miembros superior, no se cuenta con trámite de calificación de esas patologías.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

A través de providencia del 27 de mayo de 2020 el Juzgado Veinticuatro Civil de Pequeñas Causas y competencia Múltiple de Bogotá, profirió decisión de fondo en este asunto, ordenando al representante legal de la EPS FAMISANAR que proceda al reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad temporal

correspondiente a 07/05/2019 a 08/07/2019, 16/05/2019 a 17/05/2019, 05/08/2019 a 06/08/2019, 16/08/2019 a 17/08/2019, 21/08/2019 a 22/08/2019, 31/08/2019 a 01/09/2019, 05/09/2019, 11/10/2019 a 15/10/2019, 21/10/2019 a 23/10/2019 y 24/10/2019 a 02/11/2019 concediéndole un término de dos días contados a partir de que la actora se acerque a un punto de atención de esa entidad, exhortó a la accionante para que acuda a un punto de atención de la EPS FAMISANAR para el reconocimiento y pago de las incapacidades que se encuentran en estado de preliquidación. Negó las demás pretensiones.

#### **IV. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la accionante a través de comunicación manifiesta que tiene 247 días continuos de incapacidad y que el fallo se encuentra mal direccionado como quiera que los primeros 180 días de incapacidad fueron pagados y reconocidos por la empresa, pero que al juzgado le corresponde ordenar que sea PERMODA KOAJ LTDA quien le pague las incapacidades hasta el día 180 y no dejarla sin salario. Adicionalmente solicita que se requiera a la empresa para que pague lo correspondiente a la Caja de Compensación Familiar Colsubsidio ya que no ha recibido el subsidio de sus menores hijos, aun estando su contrato suspendido por la emergencia sanitaria.

Se ratifica en que cuenta con más de 180 días de incapacidad, lo que conlleva a que a partir del día 180 sea la administradora del fondo de pensiones quien asuma el pago de sus incapacidades hasta el día 540.

#### **V. CONSIDERACIONES**

1. La acción de tutela ha sido definida en múltiples pronunciamientos jurisprudenciales como el mecanismo idóneo con el que cuentan las personas en virtud del artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y del Decreto 2591 de 1991 para acudir ante los jueces de la Republica cuando sientan que están siendo vulnerados sus derechos fundamentales, acción que cuenta con características especiales dentro de las cuales el ser un mecanismo subsidiario y residual, es decir que procede cuando no se cuente con otro mecanismo de defensa judicial para lograr la protección de sus derechos fundamentales y precisamente es en este momento en donde la accionante no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, como quiera que con la Declaración de Emergencia Sanitaria en todo el territorio nacional se ha suspendido la administración de justicia, lo que quiere decir que ninguna persona puede radicar demandas antes los jueces de la República.

2. De cara a los planteamientos izados en apelación a los que se contrae la competencia de este Despacho, se analiza en primer lugar lo atinente al pago de las incapacidades superiores a los 180 días que relató la actora en la

impugnación y que fueron parte del centro de sus pretensiones en el libelo genitor, en los términos que subsiguen:

2.1. Sea lo primero señalar que en punto de a qué entidad le compete el pago de las incapacidades ordenadas en el fallo de primera instancia, no se trata de una censura sobre la que la actora tenga interés para recurrir ni legitimidad, pues de haber discordancia con la orden dada a la EPS accionada, hubiera sido esta, que forma parte de esta acción, la llamada a refutar la decisión, cuyo silencio en la alzada obliga a que el punto escape a la competencia de esta sede judicial de segundo grado.

En ese sentido, sin más, no se accederá en ese punto a la modificación o revocatoria del fallo, ni a un análisis superior sobre el tema.

2.2. Ahora bien, también se refutó por la actora la existencia de incapacidades adicionales de aquéllas a las que se ordenó el pago de primera instancia, para lo que aportó con el escrito de impugnación anexos que dan cuenta de diferentes incapacidades médicas, sobre las que se advierte en primer lugar que no tuvieron oportunidad de ser conocidas por las partes en primera instancia, así como tampoco por el Juzgado de primer grado, lo que de plano indica que, respecto a ellas, no se puede achacar yerro a la decisión de primer grado.

Empero, dado que lo que aquí se analiza es la lesión de derechos constitucionales fundamentales, su primacía está por encima de consideraciones formales e impone que, de hallarse vulneradas esas prerrogativas a partir de esos nuevos elementos probatorios, el amparo habrá de disponerse en la segunda instancia.

2.3. Por ello, para mejor ilustración, el Juzgado las compendia en el siguiente cuadro, que incluye su fecha de inicio, final, número total de días y situación, esto es, si fueron reconocidos por la EPS (de acuerdo al certificado de incapacidades que la propia entidad aportó), si esta los pagó y si se fueron reconocidos en el fallo de primera instancia.

| #  | FECHA INICIO | FECHA FINAL | TOTAL DÍAS | RECONOCIDOS POR LA EPS |    | ORDENADOS EN EL FALLO |    |
|----|--------------|-------------|------------|------------------------|----|-----------------------|----|
|    |              |             |            | SI / PAGO?             | NO | SI                    | NO |
| 1  | 09/09/2019   | 08/10/2019  | 30         | X / SI                 |    |                       | X  |
| 2  | 17/10/2019   | 20/10/2019  | 4          |                        | X  |                       | X  |
| 3  | 21/10/2019   | 23/10/2019  | 3          | X / NO                 |    | X                     |    |
| 4  | 24/10/2019   | 02/11/2019  | 10         | X / NO                 |    | X                     |    |
| 5  | 05/11/2019   | 14/11/2019  | 10         | X / NO                 |    |                       | X  |
| 6  | 15/11/2019   | 24/11/2019  | 10         |                        | X  |                       | X  |
| 7  | 25/11/2019   | 04/12/2019  | 10         |                        | X  |                       | X  |
| 8  | 05/12/2019   | 14/12/2019  | 10         |                        | X  |                       | X  |
| 9  | 16/12/2019   | 25/12/2019  | 10         |                        | X  |                       | X  |
| 10 | 26/12/2019   | 04/01/2020  | 10         |                        | X  |                       | X  |
| 11 | 07/01/2020   | 16/01/2020  | 10         |                        | X  |                       | X  |
| 12 | 17/01/2020   | 26/01/2020  | 10         |                        | X  |                       | X  |

|    |            |            |    |  |   |  |   |
|----|------------|------------|----|--|---|--|---|
| 13 | 27/01/2020 | 05/02/2020 | 10 |  | X |  | X |
| 14 | 06/02/2020 | 15/02/2020 | 10 |  | X |  | X |
| 15 | 17/02/2020 | 02/03/2020 | 15 |  | X |  | X |
| 16 | 03/03/2020 | 17/03/2020 | 15 |  | X |  | X |
| 17 | 18/03/2020 | 01/04/2020 | 15 |  | X |  | X |
| 18 | 01/04/2020 | 15/04/2020 | 15 |  | X |  | X |
| 19 | 15/04/2020 | 29/04/2020 | 15 |  | X |  | X |
| 20 | 30/04/2020 | 14/05/2020 | 15 |  | X |  | X |
| 21 | 14/05/2020 | 23/05/2020 | 10 |  | X |  | X |
| 22 | 23/05/2020 | 01/06/2020 | 10 |  | X |  | X |
| 23 | 01/06/2020 | 10/06/2020 | 10 |  | X |  | X |

2.3.1. Respecto de las incapacidades médicas citadas, que se observan provenientes de la EPS y, en tal virtud, ofrecen certeza para el Juzgado, se deja sentado desde ya que las que hayan sido reconocidas en pago en la decisión apelada, no serán materia de análisis particular por esta sede judicial, de conformidad con lo indicado en el numeral 2.1. que antecede. A esa clasificación corresponden las enumeradas 3 y 4 en el cuadro que precede.

2.3.2. Sobre la primera de las referidas en el mismo cuadro, se observa que la EPS adujo su pago a la actora y esta, al efecto, no precisó en la apelación contra la decisión refutada, que no lo reconoció por esa misma razón, que no hubiera recibido el pago específico de esa prestación, de modo que el despacho haya conformidad de su parte en ese punto.

2.3.3. Sobre la quinta incapacidad que se precisa en el cuadro, el Juzgado observa que aunque fueron reconocidas por la EPS accionada según consta en la certificación que ella misma aporta, no se identifican allí pagadas sino, por el contrario, con pago negado, pero sin justa explicada y menos justificada, razón por la que como supera los 3 días, se entiende que debe ser efectivamente cancelada a la actora.

2.3.4. En punto de las incapacidades distinguidas en el cuadro con números 2 y 6 a 23, se evidencia que aunque ninguna fue reconocida por la EPS en el informe que rindió dentro de esta acción al despacho de primer grado, lo cierto es que la actora aportó prueba idónea de su expedición por parte de esa misma entidad, como consta en los anexos de su impugnación, de manera que el Juzgado, como se dijera, tiene certeza de su ocurrencia, así como de la falta de pago de las mismas por la propia confesión que ofreció FAMISANAR.

Esta falta de pago, evidentemente constituye un detrimento al mínimo vital de la accionante, pues cuando el trabajador está incapacitado, es el pago de la incapacidad su fuente de ingreso y la carencia del mismo constituye una afrenta para su subsistencia y, adicionalmente, esta situación le causa una mayor vulneración cuando, por virtud de la decisión unilateral de su empleador, ha quedado sin remuneración por su vínculo laboral en razón de la suspensión del contrato de trabajo de que fue objeto.

Por ello, el reconocimiento y orden de su pago se impone.

2.3.5. Ahora bien, definido lo anterior, es necesario entrar a verificar a quién le corresponde el pago de dichas incapacidades para lo que importa afirmar que, como lo aceptaron la EPS y AFP accionadas a las que se encuentra afiliada la actora –FAMISANAR y PROTECCIÓN-, el reconocimiento inicial deberá realizarlo la EPS, hasta el día 180 cuando son continuas; pero, de ahí en adelante, el llamado al pago es otro, según las circunstancias específicas, en particular que el paciente cuente con concepto desfavorable o desfavorable.

Sobre el particular ha señalado la Corte Constitucional:

“22. Es necesario enfatizar en 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. Este 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<sup>1</sup>.

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.

Desde esta óptica, el concepto sobre la 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.

23. 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 caso<sup>2</sup>.

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”<sup>3</sup>, 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<sup>4</sup>.

24. 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”<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Decreto 2463 de 2001. Artículo 23 inciso 1º.

<sup>2</sup> Sentencia T-419 de 2015, M.P. Myriam Ávila Roldán.

<sup>3</sup> T-419 de 2015, M.P. Myriam Ávila Roldán.

<sup>4</sup> Decreto-Ley 019 de 2012. Art. 142.

<sup>5</sup> Sentencia T-920 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Véase también: Concepto Jurídico 201511400874021 de 21 de mayo de 2015 del Ministerio de Protección Social.

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 a 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 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<sup>6</sup>.

25. Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia T-920 de 2009<sup>7</sup> 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 ocasiones<sup>8</sup>.

26. En consecuencia, las reglas jurisprudenciales y legales para el reconocimiento y pago 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 correspondiente<sup>9</sup>.

(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.

<sup>6</sup> Sentencia T-920 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Al respecto, indicó: “No resultaría coherente con el ordenamiento constitucional, que mientras el Sistema General de Riesgos Profesionales garantiza integralmente todas las prestaciones asistenciales y económicas que se derivan de la incapacidad laboral por enfermedad profesional, otorgándole al trabajador un subsidio por incapacidad temporal equivalente al salario desde el inicio de la incapacidad hasta el momento de su rehabilitación, incluso aquellas que superan los 180 días, no suceda lo mismo en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando se trata de una incapacidad que surge por enfermedad de origen común. Ello, comporta una discriminación que no es constitucionalmente admisible, como quiera que el origen de la enfermedad no debe ser factor determinante del grado de protección que merece el trabajador incapacitado. En cualquier circunstancia, quien se encuentre imposibilitado física, psíquica o sensorialmente para desempeñar su trabajo, igualmente requiere de los ingresos necesarios que le permitan subsistir de manera digna y, en tal sentido, es titular de la protección que le otorga el ordenamiento jurídico.”

<sup>7</sup> Sentencia T-920 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

<sup>8</sup> Véanse, entre otras: sentencia T-146 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio); sentencia T-333 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva); sentencia T-729 de 2012 (M.P. Alexei Julio Estrada); sentencia T-920 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

<sup>9</sup> 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).

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 previamente.”<sup>10</sup>

2.3.6. Este marco descrito permite ver la necesidad de distinguir si a la actora, como ella lo señaló en el escrito introductorio y en el de impugnación, se le han otorgado incapacidades por más de 180 días continuos, destacándose, como también lo confesó la EPS en su informe, que esa continuidad no significa necesariamente que sea calendario, sino que se ha aceptado que ocurre cuando entre una y otra incapacidad transcurrió un lapso menor a 30 días.

Para ese estudio el despacho parte de que la EPS accionada partió de reconocer que a la actora, durante el periodo comprendido entre el 8 de marzo y el 14 de noviembre de 2019, se le concedió un total de 96 días de incapacidad continuos. Bajo tal precisión, el Juzgado analiza cuántos días más se suman a estos de las incapacidades que aquí se acreditaron y se tienen por probadas, contrastándolas con las que reconoció la EPS, valiéndonos del cuadro inserto líneas atrás.

2.3.6.1. Así, se evidencia que se dejó de reconocer por la EPS una incapacidad, aquí demostrada, dentro del lapso antedicho, ocurrida entre el 17 de octubre y el 20 de octubre de 2019, es decir por 4 días. Ellos, sumados a los 96 reconocidos por la entidad, arrojan un total de 100 días de incapacidad continuos.

2.3.6.2. Ahora bien, posterior a la última incapacidad reconocida por la EPS el 14 de noviembre de 2019 hay 18 incapacidades más, ninguna de las cuales reconoció y menos pagó, que van desde el 15 de noviembre de 2019 la primera, hasta el 10 de junio de este año la última. Ellas, en suma, corresponden a un total de 210 días, que, sumados a los 100 anteriores, arrojan un número total de 310 días de incapacidad continua que le han sido prescritos a la accionante.

2.3.7. Acorde con lo narrado y en particular con la jurisprudencia citada, puede deducirse que como hasta el día 180 de incapacidad continua dicho rubro está a cargo de la EPS, será FAMISANAR la que responda por el pago de las incapacidades reconocidas hasta ese día, que, se repite, teniendo en cuenta el reconocimiento que hizo a través de certificación de 96 días, corresponde a 4 días más por el periodo entre el 17 de octubre y el 20 de octubre de 2019 para un total de 100 días.

Y para completar los 180 nos remitimos nuevamente al cuadro identificando que entre las incapacidades allí enumeradas 6 a 13, se suman 80 días de incapacidad, también continuos según las reglas que aquí se han mencionado. Dichas incapacidades corresponden a los periodos comprendidos entre el 15 de noviembre de 2019 y el 5 de febrero de 2020.

Luego, a la EPS se le ordenará el reconocimiento y pago efectivo de dichos rubros a favor de la actora.

---

10 Sentencia T 401 de 2017. Magistrada Ponente GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

2.3.8. Como las incapacidades subsiguientes al día 180, esto es, del día 181 en adelante, no superan un total de 540 días, ha de decirse que, en línea de principio, le corresponden a la AFP, salvo que se acredite que la EPS no remita el concepto de rehabilitación a aquélla antes del día 180, evento en el cual seguirá respondiendo la EPS hasta cuando efectivamente haga remisión del mismo, a título de sanción por la inoportunidad.

Por ello, el Juzgado observa que el concepto de rehabilitación, según lo manifestaron al unísono la EPS y la AFP enjuiciadas en este asunto, fue recibido por esta el día 9 de diciembre de 2019, cuando, según se desprende de los cómputos realizados, aún no había llegado el día 180 de incapacidad continua de la señora Castiblanco Porras. En tal virtud, no opera la salvedad descrita y que fuera alegada por la AFP PROTECCIÓN, de modo que es a esta a quien le corresponde el pago de las incapacidades en cuestión.

Ha de decirse sin embargo que si bien no se acreditó que la entidad lesionara los derechos fundamentales de la actora por cuanto no hay evidencia de que se le hubiera reclamado prestación alguna, esa omisión, meramente formal, no obsta para que deba cumplir con su deber legal, razón por la que, en amparo de los derechos que aquí están ampliamente lesionados a la accionante, se le impartirá la orden de iniciar el trámite y pagar en un término no mayor a 10 días tales emolumentos.

2.3.9. Sobre el modo en cómo se impartió la orden del pago de incapacidades a la actora en la decisión de primera instancia, debe agregarse que el Juzgado tampoco comparte tal proceder, pues se perdió de vista por la funcionaria de primer grado el confinamiento obligatorio actual que se ha decretado en el país para la mitigación del contagio del Covid-19, en virtud del cual, según lo han establecido todos los decretos gubernamentales expedido durante este estado de emergencia, es necesario que se procure la virtualidad a toda costa, priorizándose así la vida y la salud de los ciudadanos y las ciudadanas. Es por ello que no puede acompañarse la determinación de imponer a la actora que se acerque a las entidades accionadas para solucionar el pago de sus incapacidades médicas, menos aún cuando fueron estas, en particular la EPS, la que no dio cumplimiento cabal a sus funciones y terminó por lesionar los derechos fundamentales de la accionante, a más porque las entidades ofrecieron canales diferentes para la comunicación con ellas, a través de los cuales seguramente se podrán realizar todos los trámites necesarios para el pago que aquí se ordenará y asegurar su efectivización.

3. En lo que dice relación con el planteamiento relacionado con la falta de pago del subsidio familiar a través de su Caja de Compensación haya sido planteado con anterioridad por la accionante, de tal suerte que no es posible abordarlo en esta instancia, pues se sorprendería a las partes y a la propia juzgadora de segundo grado con la inclusión del tema novedoso, lo que terminaría por violentar el debido proceso de los partícipes de la acción.

4. Finalmente, quiere añadir este Juzgado, en punto a la temática de la no suspensión del contrato laboral, que no está de acuerdo con la forma como se abordó en primera instancia pues, primero, partió de dar por hecho que aunque la actora no podía en la actualidad impetrar una demanda debido a la

imposibilidad generalizada dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura ante la pandemia por la que se atraviesa, como se suspendieron términos de caducidad y prescripción, con ello quedaba evidenciado que podría presentarlo después sin dificultad, olvidando la *a quo*, que la excepción a la regla de subsidiariedad que gobierna la acción refiere a la existencia de mecanismos ordinarios actuales de defensa de los derechos que se deben agotar previamente –lo que en definitiva aquí era imposible- y, además, que la acción de amparo está para garantizar las lesiones a derechos fundamentales y para adoptar medidas urgentes frente a su vulneración o puesta en riesgo, de modo que al advertir esa imposibilidad, tenía la obligación de entrar a analizar de fondo el asunto pues en caso de quebrantamiento era necesario tomar decisiones en aras de las prerrogativas iusfundamentales.

En segundo lugar, porque no se analizó si la actora se encontraba inmersa en algún evento de estabilidad laboral reforzada, de obligatorio miramiento en sede de tutela para eventos como el presente, en que hubo desmejora de las condiciones laborales con la decisión de suspensión del contrato. Y, en tercer lugar, porque tampoco analizó el tema de la necesidad de permiso del ministerio de Trabajo para cuando un empleador suspende masivamente los contrtoa de trabajo en medio de esta pandemia, atendiendo a las disposiciones especiales que durante el confinamiento obligatorio se han proferido por esa entidad.

Esos olvidos, sin embargo, aunque quizás hubiesen podido conllevar a un resultado diferente en el fallo de primer grado, son improcedentes de analizar en esta segunda instancia, a la luz de lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991<sup>11</sup>, según el cual “*El juez que conozca de la impugnación, estudiará el contenido de la misma, cotejándola con el acervo probatorio y con el fallo*”, restringiendo así la competencia de la alzada a lo planteado por el impugnante que, en este particular evento, centró sus inconformidades en la falta de pago de incapacidades, a quién se le atribuye ese pago y al no haber obtenido el subsidio familiar, lo que impide el análisis de aquél tema por esta sede judicial.

Agréguese a lo anterior que si bien es cierto se ha reconocido la posibilidad de fallar ultra y extrapetita en sede de tutela<sup>12</sup>, tal facultad debe entenderse para

---

11 **ARTICULO 32.- Trámite de la impugnación.** Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente. El juez que conozca de la impugnación, estudiará el contenido de la misma, cotejándola con el acervo probatorio y con el fallo. El juez, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar informes y ordenar la práctica de pruebas y proferirá el fallo dentro de 20 días siguientes a la recepción del expediente. Si a su juicio, el fallo carece de fundamento, procederá a revocarlo, lo cual comunicará de inmediato. Si encuentra el fallo ajustado a derecho, lo confirmará. En ambos casos, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del fallo de segunda instancia, el juez remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para su (eventual)\* revisión.

12 Entre múltiples decisiones, puede verse la sentencia T-104 de 2018 de la Corte Constitucional, en donde sobre el punto consideró lo siguiente: “**4. Fallos extra y ultra petita en el trámite de tutela.** 4.1. La Corte Constitucional ha reiterado la posibilidad que tienen los jueces de tutela de fallar un asunto de manera diferente a lo pedido. Por ejemplo, en la sentencia SU-195 de 2012 la Sala Plena indicó: En cuanto a la posibilidad de que los fallos puedan ser extra y ultra petita en materia de tutela, esta Corte de manera pacífica ha señalado que el juez de tutela puede al momento de resolver el caso concreto conceder el amparo incluso a partir de situaciones o derechos no alegados, atendiendo la informalidad que reviste el amparo y además quien determina los derechos fundamentales violados.

los fallos de primera instancia pues de otro modo se lesionaría el debido proceso de los partícipes de la acción y, además, se refiere en general al amparo de derecho no alegados por el tutelante o pretensiones no propuestas por él o ella, lo que aquí no ocurre dado que la no suspensión del contrato de trabajo sí fue específicamente pedida por la actora en el libelo introductorio, pero no así en su petición de apelación que, se repite, indica el marco de competencia de esta sede judicial.

En virtud de los argumentos expuestos, el **JUZGADO CUARENTA Y CINCO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## **VI. RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR** el ordinal segundo de la sentencia apelada, de fecha 27 de mayo de 2020, en el sentido de incluir en la orden de pago de incapacidades médicas, con el siguiente tenor:

2.1. **ORDENAR** a la EPS FAMISANAR que en el improrrogable término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir del enteramiento de la presente decisión, si aún no lo hubiere hecho, proceda a pagar a la accionante JAZMIN HELENA CASTIBLANCO PORRAS, además de las incapacidades médicas ordenadas en el fallo de primera instancia, las correspondientes a los siguientes periodos: a. del 17 de octubre y el 20 de octubre de 2019; b. del 15 al 24 de noviembre de 2019; c. del 25 de noviembre al 4 de diciembre de 2019; d. del 5 al 14 de diciembre de 2019; e. del 16 al 25 de diciembre de 2019; f. del 26 de diciembre de 2019 al 4 de enero de 2020; g. del 7 al 16 de enero de 2020; h. del 17 al 26 de enero de 2020; i. del 27 de enero al 5 de febrero de 2020. Para tal fin, deberá realizar junto con la accionante

---

Así, desde los primeros pronunciamientos se ha sentado esta posición, toda vez que conforme a la condición sui generis de esta acción, la labor de la autoridad judicial no puede limitarse exclusivamente a las pretensiones invocadas por la parte actora, sino que debe estar encaminada a garantizar el amparo efectivo de los derechos fundamentales.” (Subraya fuera de texto). 4.2. Lo anterior, reiterando lo señalado en la sentencia SU-484 de 2008, en donde la Corte, al referirse a la aplicación de la facultad extra *petita*, señaló: “En consideración a la naturaleza fundamental de los derechos amparados por la acción consagrada en el artículo 86 de la Carta Política, el régimen de la tutela está dotado de una mayor laxitud que el resto de las acciones jurídicas. En efecto, mientras que el pronunciamiento judicial ultra y extra *petita* está vedado en materia civil, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, al juez de tutela le está permitido entrar a examinar detenidamente los hechos de la demanda para que, si lo considera pertinente, entre a determinar cuáles son los derechos fundamentales vulnerados y/o amenazados, disponiendo lo necesario para su efectiva protección. No en vano la Corte Constitucional ha sostenido que: “(...) dada la naturaleza de la presente acción, la labor del juez no debe circunscribirse únicamente a las pretensiones que cualquier persona exponga en la respectiva demanda, sino que su labor debe estar encaminada a garantizar la vigencia y la efectividad de los preceptos constitucionales relativos al amparo inmediato y necesario de los derechos fundamentales. En otras palabras, en materia de tutela no sólo resulta procedente sino que en algunas ocasiones se torna indispensable que los fallos sean extra o ultra *petita*. Argumentar lo contrario significaría que si, por ejemplo, el juez advierte una evidente violación, o amenaza de violación de un derecho fundamental como el derecho a la vida, no podría ordenar su protección, toda vez que el peticionario no lo adujo expresamente en la debida oportunidad procesal. Ello equivaldría a que la administración de justicia tendría que desconocer el mandato contenido en el artículo 2o superior y el espíritu mismo de la Constitución Política, pues -se reitera- la vigencia de los derechos constitucionales fundamentales es el cimiento mismo del Estado social de derecho.” (Subraya fuera de texto). Lo anterior permite concluir que el juez de tutela está facultado para emitir fallos extra y ultra *petita*, cuando de la situación fáctica de la demanda puede evidenciar la vulneración de un derecho fundamental, aun cuando su protección no haya sido solicitada por el peticionario.”

los trámites virtuales que aseguren que por esa vía, se efectuarán los trámites necesarios para el pago y la efectivización del mismo, dentro del trámite ordenado.

2.2. **ORDENAR** a la AFP PROTECCIÓN S.A. que en el improrrogable término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir del enteramiento de la presente decisión, si aún no lo hubiere hecho, proceda a iniciar el trámite para pagar a la accionante JAZMIN HELENA CASTIBLANCO PORRAS, las incapacidades médicas correspondientes a los siguientes periodos: a. del 6 al de febrero de 2020; b. del 17 de febrero al 2 de marzo de 2020; c. del 3 al 17 de marzo de 2020; d. del 18 de marzo al 1 de abril de 2020; e. del 1 al 15 de abril de 2020; f. del 15 al 29 de abril de 2020; g. del 30 de abril al 14 de mayo de 2020; h. del 14 al 23 de mayo de 2020; i. del 23 de mayo al 1 de junio de 2020; j. del 1 al 10 de junio de 2020. Para tal fin, deberá realizar junto con la accionante los trámites virtuales que aseguren que por esa vía, se efectuarán los trámites necesarios para el pago y la efectivización del mismo, dentro del trámite ordenado. El pago, en todo caso, deberá realizarse en un plazo no mayor a los 10 días hábiles siguientes al enteramiento de esta decisión.

**SEGUNDO: REVOCAR** el ordinal tercero de la sentencia apelada.

**TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE** el ordinal quinto de la sentencia apelada, en lo que tiene relación con la accionada AFP PROTECCIÓN S.A.

**CUARTO: CONFIRMAR**, en lo demás, pero por las razones aquí expuestas, la decisión impugnada.

**QUINTO: NOTIFICAR** esta decisión por el medio más expedito a las partes. Déjese la constancia de rigor.

**SEXTO: ENVIAR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez se restablezca la normalidad dentro de estas acciones. Déjense las constancias pertinentes

Notifíquese y cúmplase,

  
GLORIA CECILIA RAMOS MURCIA  
Jueza