

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO SEGUNDO 2º MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE
BOGOTÁ D.C.**

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001 41 05 002 2021 00758 00

ACCIONANTE: LUIS EDUARDO GAMBOA RUIZ

DEMANDADO: FAMISANAR E.P.S.

S E N T E N C I A

En Bogotá D.C., el 19 de octubre 2021 este Despacho decide la acción de tutela instaurada por el señor LUIS EDUARDO GAMBOA RUIZ en contra de FAMISANAR E.P.S., en los términos y para los fines concebidos en el escrito de solicitud de amparo constitucional.

ANTECEDENTES

LUIS EDUARDO GAMBOA RUIZ promovió acción de tutela en contra de FAMISANAR E.P.S. para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social presuntamente vulnerados por los accionados, al abstenerse de realizar el pago de la incapacidad retroactiva por COVID 19 emitida por la médica tratante el pasado 25 de junio de 2021.

Como fundamento de sus pretensiones dijo haber solicitado una cita médica con la accionada debido a que presentaba sintomatología de COVID 19, la cita se llevó a cabo el 25 de junio del presente año cuando se emitió incapacidad medica por 19 días, tiempo que estuvo afectado por los síntomas de COVID 19, la cual debía presentar a su empleador.

Adujo que a la fecha de radiación de la acción no había recibido el pago de dicha incapacidad a pesar de haber surtido el trámite para el pago ante la EPS accionada y cumplido con todos los requerimientos que se le han hecho por parte de esta. También señaló que se encuentra desempleado y es padre cabeza de familia y que depende del ingreso que supone el pago de la incapacidad para su sustento y el de su familia.

Así las cosas, mediante auto proferido el 5 de octubre de los corrientes, se admitió la acción de tutela contra FAMISANAR EPS.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Dirección Calle 12 C No 7-36 piso 8° - Email j02jpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 2 82 01 63 -

WhatsApp: 314 361 9194 (Únicamente para solicitar citas presenciales)- Link portal web:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-02-de-pequenas-causas-laborales-de-bogota>

FAMISANAR E.P.S., ante el requerimiento realizado el pasado 11 de octubre de 2021, la EPS informó que dentro de su sistema sólo se encuentra radicada una incapacidad del 16/06/2021 al 17/06/2021, la cual se negó por cuanto se encontraba a cargo del empleador.

Indicó que *“si el usuario cuenta con incapacidades adicionales a las aquí certificadas, las radique en cualquiera de nuestros puntos de atención al usuario o mediante correo correspondencia@famisanar.com.co a fin de gestionar según corresponda”*.

PROBLEMA JURÍDICO

Dentro de la presente acción de tutela corresponde determinar si la entidad demandada violó los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social del señor LUIS EDUARDO GAMBOA RUIZ al no realizar el pago de la incapacidad emitida el pasado 25 de junio de 2021.

CONSIDERACIONES

De la acción de tutela

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

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

Del pago de incapacidades por parte de la EPS y la AFP

El artículo 206 de la Ley 100 de 1993 establece: *“para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes”*, acorde con dicha disposición, es la EPS la encargada de cubrir las prestaciones económicas procedentes de incapacidad médica, cuando la misma sea generada con ocasión a una enfermedad de origen común.

Ahora, de conformidad con el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, las EPS deben cubrir hasta ciento ochenta (180) días de incapacidades.

A su vez, los incisos 5° y 6° del artículo 142 del Decreto Ley 0019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, a su vez modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, dispone:

(...) 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 (sic) 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.

De conformidad con lo expuesto previamente, el pago del auxilio de incapacidad a favor de los afiliados cotizantes estará a cargo de la Entidad Promotora de Salud por los primeros 180 días, quien a su vez tiene la obligación de emitir concepto de rehabilitación antes del día 120 y enviarlo a la AFP antes de que se cumpla el día 150 de incapacidades ininterrumpidas. Así las cosas, cuando exista concepto favorable de rehabilitación, le corresponderán a la Administradora de Fondos de Pensiones – AFP el pago de las incapacidades que se generen a partir del día 181 y hasta por un término máximo de 360 días calendario.

Frente al tema analizado, la Corte Constitucional en la sentencia T-401 de 2017, recordó las reglas generales para el reconocimiento de incapacidades así:

(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. 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 previamente.

En este mismo orden de ideas, se puntualizó en la sentencia a que se ha hecho referencia, que en los casos donde superados los 180 días sin emitir concepto de rehabilitación por parte de la EPS, el pago de las incapacidades seguirá siendo asumido por la EPS hasta tanto emita dicho concepto. De igual forma, aclaró que en reiteradas posturas ha sido indicado por el máximo Órgano Constitucional que no importa que el concepto de rehabilitación sea desfavorable, dichos pagos de incapacidades deben ser asumidos por la AFP. Al respecto señaló:

“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 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.

(...)

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.

*Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación 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 ocasiones.”*

Existencia de otro mecanismo de defensa judicial.

El artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, establece las causales de improcedencia de la acción constitucional así:

ARTICULO 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:

- 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.*
- 2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.*
- 3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.*
- 4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.*
- 5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.*

CASO CONCRETO

LUIS EDUARDO GAMBOA RUIZ, interpuso acción de tutela contra FAMISANAR E.P.S., por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, y a la seguridad social, al señalar que dicha entidad se ha sustraído de pagar la incapacidad generada desde el 4 de junio de 2021 hasta 22 de junio de 2021.

Dentro de la documental aportada con la acción de tutela, se evidencia que el demandante allegó la siguiente constancia de emisión de la incapacidad:

REMISIÓN DE INCAPACIDAD			
Tipo Remisión:		Ambulatoria <input checked="" type="checkbox"/>	Hospitalaria <input type="checkbox"/>
Nro. Incapacidad:	1103070	Fecha Expedición:	25/06/2021 10:45 AM
Datos afiliado		Ciudad: BOGOTÁ D.C.	
Nombre del afiliado:	LUIS EDUARDO GAMBOA RUIZ	ID:	CECULA DE CIUDADANA - 7945481
Dirección donde abita:		ID:	3010732999
Datos incapacidad/licencia			
Origen:	Enfermedad General	Días solicitados:	1
Días en cama:	19		
Diagnóstico:	U071		
Fecha inicial:	25/06/2021	Fecha final:	25/06/2021
Presencia:	N	Días acumulados:	0
Observación:	SE DEJA INCAPACIDAD RETROSPECTIVA POR CASO CONFIRMADO COVID 19 INICIA INCAPACIDAD EL 04/06/2021 HASTA EL 22/06/2021 TOTAL 19 (DÍAS) (VE) DÍAS		
		Tipo licencia:	CONTINUA
Datos del médico o IPS prestador del servicio			
Nombre profesional:	DAIANA ALEXANDRA GARCIA CAMACHO	Reg. Profesional:	pm101004
Especialidad:	MEDICINA GENERAL	Ciudad prestador:	BOGOTÁ D.C.
Razón social prestador:	Caja de Compensación Familiar CAFAM	ID:	869013570.3
Notas adicionales			
Firma Médica			

De ahí se extrae que la incapacidad fue emitida por parte de la médica adscrita a la IPS CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM el 25 de junio del presente año es retroactiva por cuanto se indica que la fecha inicial de la incapacidad es el 04/06/2021 y finalizó el 22/06/2021 para un total de 19 días, por diagnóstico U071 (COVID 19 confirmado).

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo a la jurisprudencia y la normatividad ya citada, le corresponde al empleador realizar el pago del auxilio de incapacidad que le sean otorgadas al trabajador en el lapso del día 3 al 180 y posteriormente hacer el recobro de lo cancelado ante la E.P.S. a la cual se encuentre afiliado el trabajador.

Así sobre el trámite a cargo del empleador, el artículo 121 del Decreto 019 del 2012 establece:

*El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, **deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS.** En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.*

*Para efectos laborales, **será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia.***

Dentro del escrito de tutela el actor manifestó que la incapacidad fue generada para ser presentada ante su empleador; sin embargo, no indicó en qué empresa laboraba al momento de su diagnóstico por COVID 19 y si al momento de la emisión de la incapacidad se encontraba trabajando, pues al plenario no se aportaron pruebas

Dirección Calle 12 C No 7-36 piso 8° - Email j02lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 2 82 01 63 -

WhatsApp: 314 361 9194 (Únicamente para solicitar citas presenciales)- Link portal web:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-02-de-pequenas-causas-laborales-de-bogota>

referentes a su situación laboral en la época de la incapacidad ni tampoco si la empresa tuvo conocimiento de la expedición de la incapacidad.

Asimismo, se observa que FAMISANAR EPS no tuvo conocimiento de la incapacidad generada y el actor tampoco allegó prueba que evidenciara el trámite de dicha incapacidad ante la EPS accionada.

Ahora, si bien en los correos visibles a folio 14 y 18 (PDF 001) se solicita el pago de la incapacidad, este fue remitido a *elbotero@famisanar.com.co* y a *obaquero@famisanar.com.co*, que al parecer corresponde a los correos institucionales de ELÍAS BOTERO MEJÍA, Gerente General de Famisanar y OLGA PATRICIA BAQUERO GARCÍA, Jefe Calidad de los Servicios en “EPS FAMISANAR LTDA”, los cuales no es posible verificar su autenticidad y menos, saber si esas personas están a cargo del trámite para el reconocimiento y pago de incapacidades, pues no se da fe de que sus correos hayan sido habilitado para tal fin.

Por lo anterior, se evidencia que el accionante no ha surtido en debida forma el trámite para el reconocimiento y cobro de la incapacidad expedida, como quiera que: **i)** no demostró su situación laboral al momento de la emisión, esto para determinar si hubo omisión por parte del empleador y **ii)** no acreditó que le hubiese informado de la referida incapacidad, por lo que le correspondía al actor asumir la carga del trámite ante la EPS y **iii)** tampoco realizó la solicitud por el conducto establecido por la accionada.

De otra parte, la acción de tutela no es el mecanismo para obtener el pago de pretensiones económicas debido a la naturaleza subsidiaria que la caracteriza, por lo que es la justicia ordinaria la llamada a dirimir los conflictos económicos que se susciten entre los usuarios y las EPS por el pago de incapacidades, sin embargo, la tutela podría proceder excepcionalmente como un mecanismo de protección transitorio, pero para ello deberá demostrarse la configuración de un perjuicio irremediable. La Corte Constitucional ha establecido que la aludida configuración se determinará del análisis de factores como el estado de salud del solicitante y su familia y las condiciones económicas del peticionario del amparo¹.

En este caso y pese a que el actor afirma ser padre cabeza de familia, para el Despacho el actor no demostró de manera fehaciente su estado económico actual ni aportó información sobre su núcleo familiar, así como tampoco se observa que se haya demostrado que sufriera alguna enfermedad o lesión que disminuyera su capacidad laboral y se viera restringido su acceso al mercado laboral o estuviera actualmente incapacitado, por lo que no cuenta esta Juez con sustento probatorio alguno que permita inferir la ocurrencia de un perjuicio irremediable o la violación de algún otro derecho fundamental, máxime si se tiene en cuenta que la sola afirmación de la amenaza o vulneración de un derecho fundamental no es suficiente, la persona interesada de la protección de su derecho debe demostrar la vulneración de este, tal como indicó la Corte Constitucional en sentencia T-040 de 2018, en donde dispuso:

La jurisprudencia constitucional ha establecido que, en principio, la informalidad de la acción de tutela y el hecho de que el actor no tenga que probar que es titular de los

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-161 de 2019. MP Cristina Pardo Schlesinger.

Dirección Calle 12 C No 7-36 piso 8° - Email j02jpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 2 82 01 63 -

WhatsApp: 314 361 9194 (Únicamente para solicitar citas presenciales)- Link portal web:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-02-de-pequenas-causas-laborales-de-bogota>

derechos fundamentales reconocidos por la Carta Política, no lo exoneran de demostrar los hechos en los que basa sus pretensiones. En efecto, la Corte ha sostenido que quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que funda su pretensión.

Así las cosas, no es posible acceder a la solicitud del accionante como quiera que no hay evidencia de un perjuicio irremediable que habilite conceder la tutela de manera excepcional como un mecanismo para salvaguardar los derechos invocados.

Aunado a lo anterior, es dable indicar que la incapacidad fue emitida el pasado veinticinco (25) de junio del presente año y sólo hasta el cuatro (4) de octubre del mismo, se interpuso la presente acción para obtener el pago de la incapacidad emitida. En estas condiciones, este Juzgado colige que el accionante se encuentra en capacidad de realizar el trámite por medio de los canales habilitados por la EPS accionada para el reconocimiento y pago de la incapacidad reclamada, esto es, radicar la incapacidad en cualquiera de los puntos de atención al usuario o mediante el correo *correspondencia@famisanar.com.co*, tal como lo indicó FAMISANAR EPS en la contestación al requerimiento (fol. 2 PDF 010).

Igualmente, en caso de presentarse controversias sobre el reconocimiento y pago de la incapacidad, podrá adelantar un proceso ante la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social, la cual contrasta en amplitud probatoria, plenas garantías de contradicción, argumentación y defensa para todas las partes, para poder dirimir asuntos como el que ahora ocupa la atención del Despacho respecto de lo pretendido por el interesado y del cual no acreditó la falta de idoneidad para reclamar su pago.

Siendo así las cosas, el asunto puesto en conocimiento se circunscribe a lo estipulado en la causal 1ª del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, otorgándole un carácter improcedente a la tutela, pues como ya se determinó, el accionante, no logró demostrar perjuicio irremediable alguno, aunado a que cuenta con otro medio de defensa judicial para proteger sus derechos presuntamente conculcados.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO 2º MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR por improcedente la solicitud amparo constitucional frente al pago de la incapacidad emitida el 25 de junio de 2021, acorde con lo considerado.

SEGUNDO: ADVERTIR que teniendo en cuenta el Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica que se está viviendo en el territorio nacional (Decreto 417 de 17 de marzo de 2020), acompasado con los Acuerdos PCSJA20-11518 y PCSJA20- 11519, en caso de presentarse impugnación contra la presente sentencia, deberá ser remitida únicamente al correo electrónico

JO2LPCBTA@CENDOJ.RAMAJUDICIAL.GOV.CO, EN UN HORARIO DE ATENCIÓN DE 8:00 A.M. A 01:00 P.M. Y DE 02:00 P.M. A 05:00 P.M.

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

CUARTO: PUBLICAR esta decisión en la página de la Rama Judicial e informar a las partes la forma de consultarlo.

Notifíquese y Cúmplase,

Firmado Por:

Paula Carolina Cuadros Cepeda

Juez Municipal

Juzgado Pequeñas Causas

Laborales 2

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

fd1200110aa86f59d3b44b83a62c1c1418b3b7e81ef2b2358e936290816db0b6

Documento generado en 19/10/2021 03:53:03 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**