

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 2022 01118 00

ACCIONANTE: FERNEY ALDANA SAENZ

ACCIONADA: FAMISANAR EPS

S E N T E N C I A

En Bogotá D.C., el nueve (09) de noviembre de dos mil veintidós (2022) procede este Despacho judicial a decidir la Acción de Tutela instaurada por FERNEY ALDANA SAENZ en contra de FAMISANAR EPS, en los términos y para los fines concebidos en el escrito de solicitud de amparo constitucional.

ANTECEDENTES

FERNEY ALDANA SAENZ promovió acción de tutela en contra de FAMISANAR EPS, para la protección de sus derechos fundamentales a la vida, mínimo vital y seguridad social, presuntamente vulnerados por la accionada, al abstenerse de reconocer y pagar las incapacidades comprendidas entre el doce (12) de febrero de dos mil veintidós (2022) y el trece (13) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que el veinticinco (25) de junio de dos mil veinte sufrió un accidente en las escaleras de su casa. Así mismo, señaló que desde el primero (01) de noviembre de dos mil diecinueve (2019) ha realizado el pago de aportes a seguridad social de manera oportuna en su condición de cotizante.

Por lo anterior, comentó que desde el veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020) se ha encontrado incapacitado, por lo que su EPS realizó el pago de incapacidades médicas hasta el día 180. En igual sentido, adujo que el fondo de pensiones realizó el pago después del día 180 y hasta el día 540, esto es, hasta el once (11) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Declaró que la EPS accionada debió realizar el pago de la incapacidades a partir de dicha fecha; sin embargo, a pesar de los requerimientos que elevó el pasado dieciocho (18) de febrero de dos mil veintidós (2022) y el trece (13) de abril de dos mil veintidós (2022), FAMISANAR EPS ha negado el reconocimiento de incapacidades a partir del doce (12) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Afirmó que la accionada pretende desconocer sus derechos fundamentales omitiendo los mandatos de la Corte Constitucional, por lo que acudió a la acción de tutela a fin que el operador judicial ordene a la entidad accionada que cese las actuaciones que se dirigen en contravía de sus garantías constitucionales.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR SA indicó que los hechos demandados tienen origen en una supuesta vulneración de derechos fundamentales respecto del reconocimiento de incapacidades superiores al día 540 de continuidad.

Luego de señalar que el pago de incapacidades superiores al día 540 se encuentra a cargo de la EPS, sostuvo que la administradora de pensiones realizó en favor de la parte accionante el pago de incapacidades comprendidas entre el día 181 hasta el 540 de incapacidad continua, esto es, entre el diecisiete (17) de febrero de dos mil veintiuno (2021) y el once (11) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Por lo anterior, consideró que la entidad no adeuda suma alguna en favor del actor dado que ha reconocido todas las incapacidades que se encontraban a su cargo.

De otra parte, informó que la COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA ALFA SA calificó el origen y pérdida de PCL del accionante determinando un porcentaje del 32.32%, cuyo caso fue remitido a la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ en razón a la inconformidad presentada por la parte activa.

Presentó como excepciones la del desconocimiento del carácter subsidiario de la acción de tutela, la ausencia de vulneración de derechos fundamentales y la improcedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Finalmente, solicitó al Despacho denegar o declarar improcedente la presente acción de tutela y ordenar a la EPS realizar el pago de todas las incapacidades expedidas con posterioridad al día 540 de incapacidad continua.

FAMISANAR EPS señaló que en ningún momento ha incurrido en la negación de servicios de salud. Así mismo, indicó que las incapacidades solicitadas corresponden a un ciclo posterior al día 540 de continuidad y afirmó que en la actualidad ya se encuentran en estado de cuenta de cobro pendientes de pago por el área encargada.

Declaró que reportó al área de tesorería para anexar al proceso los soportes de pago de la referidas incapacidades.

De otra parte, argumentó la improcedencia de la acción de tutela por carencia de un perjuicio irremediable, ausencia de vulneración de un derecho fundamental y por tratarse de una solicitud de índole económico.

Finalmente, solicitó al Despacho denegar la presente acción de tutela respecto de la EPS al no existir prueba del derecho fundamental vulnerado y por la configuración de una carencia actual del objeto por hecho superado.

PROBLEMA JURÍDICO

Dentro de la presente acción de tutela corresponde determinar si la accionada ha vulnerado los derechos fundamentales de la parte actora, al abstenerse de reconocer y pagar las incapacidades comprendidas entre el doce (12) de febrero de dos mil veintidós (2022) y el trece (13) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

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.”*

Subsidiariedad de la acción de tutela

La acción de tutela es de carácter subsidiario, por cuanto debe verificarse que el afectado no cuente con otro mecanismo judicial para la protección de sus derechos fundamentales. Sin embargo, esta regla cuenta con una excepción, según la cual la tutela es procedente como mecanismo transitorio cuando se advierta la existencia de un perjuicio irremediable.

En torno a esta figura, la Corte Constitucional ha indicado que para que exista un perjuicio irremediable es preciso que el mismo sea cierto, inminente, grave y de urgente atención. Tal como dispuso en sentencia T-583 de 20101:

“la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados”.

Por ello, si el accionante se abstiene de evidenciar la ocurrencia del perjuicio irremediable según las reglas anotadas, la acción se tornará improcedente. Así entonces, la prueba de tal circunstancia es un requisito fundamental para la

prosperidad de la acción de tutela, motivo por el cual, no es suficiente la afirmación de que su derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable; es necesario, que el petente explique en que consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al Juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión, de lo contrario, el problema sólo podrá resolverse por la vía ordinaria.

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.”*

De la improcedencia de la acción de tutela por ausencia de inmediatez.

Frente al requisito de la inmediatez, debe entenderse éste, como el término prudencial que transcurre entre la violación o posible vulneración de los derechos fundamentales invocados y el momento en que se interpone la acción de tutela.

Frente a dicho presupuesto, nuestro máximo Tribunal Constitucional ha señalado¹:

“La jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela debe presentarse en un término razonable y proporcionado, a partir del

¹ Sentencia T-091 de 2018. M.P. Carlos Bernal Pulido.

hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales. El requisito de la inmediatez tiene por finalidad preservar la naturaleza de la acción de tutela, concebida como “un remedio de aplicación urgente que demanda una protección efectiva y actual de los derechos invocados”².

41. Con el fin de orientar la labor del juez de tutela, la jurisprudencia constitucional ha identificado cinco criterios que ayudan a determinar, en cada caso, el cumplimiento del requisito de inmediatez: (i) la situación personal del peticionario, que puede hacer desproporcionada la exigencia de presentar la acción de tutela en un término breve; (ii) el momento en el que se produce la vulneración, ya que pueden existir casos de violación permanente de derechos fundamentales; (iii) la naturaleza de la vulneración, pues la demora en la presentación de la tutela puede estar relacionada, precisamente, con la situación que, según el accionante, vulnera sus derechos fundamentales; (iv) la actuación contra la que se dirige la tutela, ya que si se trata de una providencia judicial, el análisis debe ser más estricto, y (v) los efectos de la tutela en los derechos de terceros, quienes tienen la expectativa legítima de que se proteja su seguridad jurídica.³”

Acorde con la jurisprudencia a que se ha hecho referencia, se tiene que el interregno que debe transcurrir entre la vulneración o violación del derecho fundamental que se pretende sea protegido a través de la acción de tutela, debe ser razonable, de igual la Corte Constitucional ha determinado requisitos a efectos de lograr establecer si se cumple o no con la inmediatez en la interposición de la acción.

DEL CASO EN CONCRETO

El accionante interpuso acción de tutela en contra de FAMISANR EPS, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al abstenerse de reconocer y pagar las incapacidades comprendidas entre el doce (12) de febrero de dos mil veintidós (2022) y el trece (13) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Así las cosas, dentro de la documental aportada con la acción de tutela, se encuentra que la EPS expidió certificado de incapacidades el pasado veintiocho (28) de octubre de dos mil veintidós (2022) el cual se encuentra visible a folios 10 a 13 del PDF 05 del expediente digital, por lo que se tendrá en cuenta dicha documental a efectos de determinar las incapacidades generadas a la accionante.

² Corte Constitucional, Sentencia SU-391 de 2016.

³ Corte Constitucional, Sentencia SU-391 de 2016.

Conforme a lo anterior, para el presente asunto encuentra el Despacho que al accionante le han generado incapacidades médicas continuas a partir del veinticinco (25) de junio de dos mil veinte (2020). Así mismo, se observa que no existe discusión entre las partes que las incapacidades generadas entre el doce (12) de febrero de dos mil veintidós (2022) y el trece (13) de septiembre de dos mil veintidós (2022) corresponden a incapacidades médicas superiores al día 540 de continuidad.

En virtud de lo anterior, se evidencia que la EPS accionada en su escrito de contestación refirió que las incapacidades solicitadas por el actor se encuentran en estado de cuenta de cobro pendientes de pago por el área encargada por lo que debía declararse un hecho superado. Sin embargo, si bien se encuentra que la accionada no desconoce el derecho a la prestación económica de la parte accionante; lo cierto, es que no aportó dentro del plenario soporte del pago realizado al accionante para así acreditar la existencia de un hecho superado.

Encontrando entonces que la accionada FAMISANAR EPS no acreditó el pago de las incapacidades pretendidas en esta instancia y en aras de garantizar los derechos fundamentales de la parte actora, se dispondrá el amparo de los referidos derechos deprecados y se ordenará a FAMISANAR EPS a través de su Representante Legal SANTIAGO EUGENIO BARRAGÁN FONSECA o quien haga sus veces, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a pagar las incapacidades comprendidas entre el doce (12) de febrero de dos mil veintidós (2022) y el trece (13) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

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: AMPARAR los derechos fundamentales a la vida, mínimo vital y seguridad social de la parte demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a FAMISANAR EPS a través de su Representante Legal SANTIAGO EUGENIO BARRAGÁN FONSECA o quien haga sus veces, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a pagar las incapacidades comprendidas entre el doce (12)

de febrero de dos mil veintidós (2022) y el trece (13) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

TERCERO: 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 J02LPCBTA@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.**

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

QUINTO: 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: **9d81c088db7b74d42ad078772ee090de8fa89f7e173aff75ba289d535b2df008**

Documento generado en 09/11/2022 12:23:12 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>