

JUZGADO VEINTISIETE CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C. Agosto veinticuatro de dos mil veinte.

Ref: TUTELA No. 2020-261 de NURY MILENA QUINTERO JAQUE contra ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR S.A.S., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

Procede el Despacho en esta instancia a decidir la impugnación que formuló la parte demandada, contra el fallo de tutela de julio 14 de 2020 proferido por el Juzgado 37 Civil Municipal de esta ciudad dentro de la ACCION DE TUTELA arriba referenciada.

ANTECEDENTES :

LA ACCION Y EL DERECHO FUNDAMENTAL INVOCADO

La señora **NURY MILENA QUINTERO JAQUE** accionante acude a esta judicatura, para que le sean tutelados sus derechos Fundamentales a la salud, a la vida digna al mínimo vital.

La tutela se fundamenta en hechos que se sintetizan, así: que ingreso a laborar en el restaurante INDIGO, de propiedad de la sociedad INVERSIONES LATINO Y ORIENTAL S.A.S. EN LIQUIDACIÓN y en febrero del año dos mil diecinueve, fue diagnosticada por la EPS FAMISANAR un Cáncer de MAMA derecha ductal y el 20 de Julio de dos mil diecinueve 2019 le practicaron los siguientes procedimientos: vaciamiento ganglionar y la mastectomía en el CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLOGICAS CLINICA SAN DIEGO CIOSAD SAS.

Dice que esos procedimientos generaron las siguientes incapacidades por parte de la eps:

Nº INCAPACIDAD	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINACION	Nº DE DIAS
0007141753	20-06-2019	08-08-2019	20
0007142135	09-08-2019	23-08-2019	15
0007163825	24-0-2019	12-09-2019	20
0007163838	13-09-2019	12-10-2019	30
0007227143	13-10-2019	10-11-2019	29
0007471080	11-11-2019	10-12-2019	30

0007471085	11-12-2019	09-01-2020	30
0007471096	10-01-2020	08-02-2020	30
0007567599	09-02-2020	09-03-2020	30
0007567601	10-03-2020	08-04-2020	30
0007576179	09-04-2020	08-05-2020	30
0007576194	09-05-2020	07-06-2020	30
0007591620	08-06-2020	07-07-2020	30

Para un total de 354 días. Que el 4 de enero de 2020 FAMISANAR, emitió una comunicación dirigida a **PORVENIR FONDO DE PENSIONES** con concepto de rehabilitación desfavorable por cumplimiento incapacidad temporal prologada en los términos del Inciso 6 del Artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012 y artículo 3 del Decreto133 3 de 2018.

Dice que radico en la oficina de **PORVENIR** el concepto de rehabilitación desfavorable, junto con la historia Clínica, exámenes ordenados por PORVENIR y copia de la incapacidades.

Que su empleador recibió en marzo una comunicación de PORVENIR donde le informaban que había perdido un 28.5% de su capacidad laboral y que la fecha de estructuración de la incapacidad era 19 de diciembre de 2019. Que en ese comunicado no se habla de termino para manifestar su inconformidad o no. Que Como me encontraba incapacitada radico la comunicación ante PORVENIR demostrando su inconformidad con PORVENIR el 22 de Marzo de 2020.

Indica que el 8 de mayo le dieron una cita con la Dra Natalia Baez Robayo en PORVENIR, quién le manifestó que PORVENIR no paga la incapacidad porque no se había pronunciado dentro de los 10 diez días siguiente a la comunicación de fecha 28 de febrero de 2020 y le indica que debe acercarse a la EPS FAMISANAR, para que ellos cambien el concepto y así se paguen a incapacidades pendientes Y Famisanar le indica que el concepto no se puede cambiar. Y Porvenir nuevamente le dice que debe esperar un año.

Manifiesta que ni FAMISANAR NI PORVENIR EPS a la fecha le han cancelado la totalidad de las incapacidades que le corresponde a cada uno ni el subsidio por la pérdida de capacidad laboral del 28.50 %, y la tienen de una lado para otro, sin tener en cuenta que es una persona vulnerable, cabeza de familia con dos hijos, con una enfermedad crónica, expuesta a adquirir el COVID 19.

Solicita que a través de este mecanismo se ordene a la EPS FAMISANAR Y/O PORVENIR FONDO DE PENSIONES para que paguen las incapacidades correspondientes con el subsidio económico por pérdida de la capacidad laboral.

Por haber correspondido el conocimiento de la tutela al Juzgado 37 Civil Municipal de esta ciudad previo reparto, fue admitida mediante providencia de junio 30 de 2020, donde se dispuso oficiar a la parte accionada para que en el termino de 48 horas, se pronunciara sobre los hechos materia de la tutela, vinculando al **RESTAURANTE INDIGO, INVERSIONES LATINO Y ORIENTAL S.A.S. EN LIQUIDACION, MINISTERIO DE TRABAJO, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, ADRES – ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE BOGOTA Y CUNDINAMARCA Y JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ.**

El extremo pasivo hizo uso del derecho de defensa así:

FAMISANAR E.P.S

Que una vez conocida la tutela se estableció con el área encargada quienes indicaron lo siguiente: “(...) *usuaria cuenta con 388 días de incapacidad del 16/08/2007 al 07/07/2020. Cuenta con incapacidad continua del 20/07/2019 al 07/07/2020 por un total de 354 días; Cumplió 180 días de incapacidad el 15/01/2020. (Las incapacidades posteriores a 180 deben ser reconocidas por AFP) Se emitió CRH Desfavorable el 04/01/2020, recibido por AFP el 22/01/2020. Se adjunta CRH DESFAVORABLE emitido el 4/01/2020, se adjunta PCL del 28.50% emitida por SEGUROS DE VIDA ALFA de origen común por eldx de: TUMOR MALIGNO DE LA MAMA. (...)Asimismo, y de acuerdo a lo explicado anteriormente FAMISANAR EPS NO está legitimada en la presente causa , para asumir la responsabilidad de las pretensiones aducidas, por cuanto el pago se encuentra en cabeza de la AFP del accionante. ...”*

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

Indica que no hay derecho a pago de incapacidades por parte de esta administradora, toda vez que la prestación del pago de incapacidades NO SE OTORGA AUTOMÁTICAMENTE se requiere CONCEPTO FAVORABLE de rehabilitación e incapacidades continuas superiores a 180 días, para el caso de la señora NURY MILENA QUINTERO JAQUE presenta concepto DESFAVORABLE de rehabilitación por lo tanto lo procedente en este caso es: i) la estabilidad laboral reforzada del accionante a través de su empleador mientras se recupera y ii) el proceso de valoración de pérdida de capacidad laboral. (Adjuntamos Concepto del Ministerio de Salud). Así las cosas señor Juez, reiteramos que el accionante NO TIENE derecho a que se le reconozca pago de incapacidades, toda vez *que*

como lo expusimos anteriormente, la prestación no se otorga automáticamente SE REQUIERE CONCEPTO FAVORABLE DE REHABILITACIÓN e incapacidades continuas superiores a 180 días. Ahora, cuando el concepto de rehabilitación es negativo lo propio es el trámite de valoración de la pérdida de capacidad laboral para el posterior estudio de la pensión por invalidez.

MINISTERIO DE TRABAJO

Indica en su respuesta que el accionante dispone de los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos, medios judiciales y procesales ordinarios y apropiados, para resolver las controversias que se suscitan en las relaciones laborales. Por lo que solicita al despacho declarar la improcedencia de la acción con relación al Ministerio del Trabajo, y en consecuencia exonerarlo de responsabilidad alguna que se le endilgue por falta de legitimación en la causa, dado que no hay obligación o responsabilidad de su parte, ni ha vulnerado ni puesto en peligro derecho fundamental alguno a la accionante.

ADRES –ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

Señala que no es función de la Administradora de los Recursos el Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES, el reconocimiento prestacional que nos ocupa, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esta Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad.

JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE BOGOTA Y CUNDINAMARCA

Dice que el caso fue remitido a la Junta Regional por solicitud de Seguros de Vida Alfa, con el objeto de dirimir la controversia presentada por la paciente frente al porcentaje de Pérdida de la Capacidad Laboral determinado en primera oportunidad por la aludida aseguradora, para el diagnóstico tumor maligno de la mama, parte no especificada, con 28,50%, Origen: Común, Fecha de Estructuración: 19 de diciembre de 2019. Que la presente Acción de Tutela va encaminada al reconocimiento de prestaciones económicas, como lo es el pago de incapacidades, circunstancia ajena a las competencias de las Juntas de Calificación de Invalidez que no es otra que a través de un procedimiento técnico especializado realizar la calificación de

pérdida de capacidad laboral, la determinación del origen y la fecha de su estructuración, acorde con lo que sea requerido.

JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ

Dice que, se procedió a revisar el listado de expedientes recibidos por la Junta Nacional para calificar, provenientes de las Juntas Regionales o de los Despachos Judiciales, sin embargo, a la fecha NO SE ENCUENTRA RADICADO expediente que corresponda a la señora Quintero Jaque, que este en curso de calificación por parte de esta Junta Nacional. Por lo anterior se comunica que para que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez conozca de un caso es necesario que se cumplan los presupuestos establecidos en el Artículo 2.2.5.1.41 del Decreto 1072 de 2015.

RESTAURANTE INDIGO, INVERSIONES LATINO Y ORIENTAL S.A.S. EN LIQUIDACION, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD no dieron respuesta.

El Juzgado 37 Civil Municipal, tuteló el derecho fundamental a la seguridad social del accionante, fallo contra el cual se presentó impugnación.

2°. CONSIDERACIONES DE SEGUNDO GRADO.

La Constitución Nacional en su artículo 86 estableció la acción de tutela, a fin de que toda persona pueda reclamar en todo tiempo y lugar, mediante un procedimiento breve y sumario la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en casos excepcionales.-

Lo arriba anotado significa, que la acción de tutela tiene como finalidad proteger exclusivamente derechos constitucionales fundamentales. Por tanto, no puede ser utilizada para hacer respetar derechos que solo tienen rango legal, ni para hacer cumplir leyes, decretos, actos administrativos o normas de origen inferior. La Corte Constitucional tiene establecido, que éste amparo no es un sistema de justicia paralelo al que ha consagrado el ordenamiento jurídico en vigor.

A su vez, esta acción fue prevista como un mecanismo subsidiario, es decir, sólo puede ser ejercida en aquellos eventos en los cuales el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo que ésta se utilice como un instrumento transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En este aspecto, conviene precisar que la

posibilidad de que existan diversos medios de defensa judicial debe ser analizada por el juez constitucional en términos de idoneidad y eficacia frente a la situación particular de quien invoca el amparo constitucional, como quiera que una interpretación restrictiva de la norma conllevaría la vulneración de derechos fundamentales sí, con el ejercicio de los mecanismos ordinarios, no se lograra la protección efectiva de los derechos conculcados.

Debido a la naturaleza jurídica de esta acción, la Corte Constitucional ha reiterado que, en principio, la acción de tutela no es la vía judicial apropiada para lograr el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, como las incapacidades, pues se ha considerado que las controversias de carácter litigioso deben ser resueltas en la jurisdicción ordinaria, toda vez que existen otras vías judiciales para reclamar tales derechos y no es el juez constitucional la autoridad judicial competente para ello.

No obstante, la Corte ha sostenido que, de manera excepcional, es procedente la acción tutela para reclamar prestaciones sociales, si se verifican unos supuestos como: (i) que la tutela 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 la administración pública o sea evidentemente arbitraria en caso de que sea un particular quien preste este servicio público.

Respecto del pago de las incapacidades laborales, debidamente ordenadas por el médico tratante del trabajador, se debe señalar que éste resulta ser un medio para garantizar la debida recuperación de la salud del trabajador (Art. 49 de la Constitución), dado que le permiten cumplir con las medidas de reposo ordenadas por su médico tratante, sin que tal situación afecte su subsistencia ni la de las personas que dependan de él.

Con respecto a lo pedido en tutela, debe tenerse en cuenta lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia T-161-19: *“El no pago de una incapacidad médica constituye, en principio, el desconocimiento de un derecho de índole laboral, pero puede generar, además, la violación de derechos fundamentales cuando ese ingreso es la única fuente de subsistencia para una persona y su familia. No sólo se atenta contra el derecho al trabajo en cuanto se hacen indignas las condiciones del mismo sino que también se puede afectar directamente la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se*

siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos”¹

Ha estimado la Corte Constitucional que el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de enfermedad y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permite recuperarse satisfactoriamente.

En lo correspondiente a la obligación del pago de incapacidades la misma se encuentra distribuida de la siguiente manera: Entre el día **1** y **2** será el empleador el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

ii. Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado con ocasión a su estado de salud, es decir, a partir del día 3 hasta el día número **180**, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

iii. Desde el día **181** y hasta un plazo de **540** días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005.

Debe tenerse en cuenta lo dicho en sentencia T-401 de 2017, donde queda claro que no interesa si el concepto es favorable o desfavorable.

Teniendo en cuenta la respuesta dada por Famisanar Eps a esta tutela, donde indica que se cumplieron los 180 días de incapacidad el 15 de enero de 2020, y de acuerdo a lo pedido en tutela, se observa que no se le han pagado todas las incapacidades otorgadas a la accionante desde antes de cumplir los 180 días, lo cual le corresponde a Famisanar eps y las incapacidades otorgadas a partir del día 181 debe pagarlas el Fondo de Pensiones .

Por consiguiente este Despacho ha de revocar el fallo materia de estudio, por cuanto el a-quo ordeno al Fondo de Pensiones el pago de incapacidades de periodos que corresponden a la Eps.

En consecuencia se ordenara que Famisanar Eps cancele a la accionante las incapacidades dadas hasta el día 180 y para que el Fondo de Pensiones Porvenir cancele las incapacidades otorgadas desde el día 181, a la señora **NURY MILENA QUINTERO JAQUE**.

Por consiguiente, se revocara el fallo.

3°.- CONCLUSIÓN.

Con sustento en lo anteriormente considerado y razonado, se Revocara el fallo materia de impugnación.

4°.- DECISIÓN DE SEGUNDO GRADO.

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

RESUELVE:

Primero: REVOCAR la sentencia de tutela proferida por el Juzgado 37 Civil Municipal de esta ciudad de fecha 14 de julio de 2020, por lo dicho en la parte considerativa.

Segundo: TUTELAR los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la salud invocados por la accionante **NURY MILENA QUINTERO JAQUE** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y FAMISANAR EPS.**

Tercero: ORDENAR a FAMISANAR EPS . que en el termino de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, si aún no lo ha hecho, le pague a la señora **NURY MILENA QUINTERO JAQUE**, las incapacidades generadas hasta el día 180 debidamente probadas y que se encuentren pendientes de pago.

Cuarto: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. que en el termino de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, si aún no lo ha hecho, le pague a la señora **NURY MILENA QUINTERO JAQUE**, las incapacidades generadas a partir del día 181 debidamente probadas y que se encuentran pendientes de pago.

Quinto: DESVINCULAR a las entidades que fueron convocadas a esta tutela.

Quinto: NOTIFICAR a todas las partes este fallo por el medio mas expedito.

Sexto: ENVIAR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La Juez.

MARIA EUGENIA FAJARDO CASALLAS.