

JUZGADO VEINTISIETE CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C. Octubre veintiséis de dos mil veinte.

Ref: TUTELA No. 2020- 247 de CHRISTIAN JAVIER BENAVIDES QUENGUAN contra FAMISANAR EPS .

Procede el Despacho en esta instancia a decidir la impugnación que formuló la parte demandada, contra el fallo de tutela de septiembre 28 de 2020 proferido por el Juzgado 2º. De Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta ciudad dentro de la **ACCION DE TUTELA** arriba referenciada.

ANTECEDENTES :**LA ACCION Y EL DERECHO FUNDAMENTAL INVOCADO**

El señor **CHRISTIAN JAVIER BENAVIDES QUENGUAN** 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 Lleva cotizando al sistema de seguridad social en el régimen contributivo a **FAMISANAR E.P.S.** en calidad de cotizante y que ha venido teniendo incapacidades, sin embargo, varias de estas no han sido pagadas. Que Las incapacidades que a la fecha se encuentran pendientes de pago y que se encuentran debidamente radicadas en Famisanar son:

Nº Incapacidad	Fecha Inicial	Fecha Final
2179665	08/05/2020	06/06/2020
137054	11/06/2020	10/07/2020
153553	10/07/2020	08/08/2020

Manifiesta que esas incapacidades no se las han cancelado a pesar de los requerimientos efectuados. Que es una persona de escasos recursos, lo cual debido a la situación actual que se vive a nivel mundial por el COVID 19, le es imposible percibir los ingresos suficientes para sufragar los gastos diarios.

Dice que tiene 30 años y una hija de cinco años en donde aporta mensualmente con una pensión de cien mil pesos los cuales le

presta su padre, que requiere de esos dineros para sufragar los gastos familiares.

Solicita que a través de este mecanismo se tutelen los derechos fundamentales al **MÍNIMO VITAL Y MÓVIL EN CONEXIDAD CON LA VIDA, LA SALUD Y LA VIDA DIGNA**, los cuales vienen siendo vulnerados en las circunstancias de modo, tiempo y lugar que se dejaron descritas en esta acción.

Se ordene a **FAMISANAR E.P.S** que proceda a reconocer y pagar las siguientes incapacidades médicas pendientes:

N° Incapacidad	Fecha Inicial	Fecha Final
2179665	08/05/2020	06/06/2020
137054	11/06/2020	10/07/2020
153553	10/07/2020	08/08/2020

Por haber correspondido el conocimiento de la tutela al Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta ciudad previo reparto, fue admitida mediante auto de septiembre 16 de este año, donde se dispuso officiar a la parte accionada para que se pronunciara sobre los hechos materia de la tutela vinculándose a la Superintendencia Nacional de Salud, al Ministerio de Salud y Protección Social y al Ministerio de Trabajo.

El extremo pasivo hizo uso del derecho de defensa así:

FAMISANAR EPS

Dice que la petición de pago de incapacidades de ninguna manera puede catalogarse como una violación a un derecho fundamental, por cuanto, como su naturaleza lo indica, lo que se reclama por esta vía es un resarcimiento de tipo económico.

Que Respecto a la pretensión y una vez verificada la base de datos, el área correspondiente informa lo siguiente:

- El usuario cuenta con 952 días de incapacidad del 16/08/2016 al 22/08/2020 de los cuales: o Presento incapacidad continua del 23/06/2017 al 26/08/2019 por un total de 786 días; Cumplió 180 días el 21/12/2017 y 540 días el 17/12/2018. Se emitio CRH Favorable el 04/09/2017, recibido por AFP el 11/09/2017. Luego presenta varias interrupciones por más de 30 días lo cual da inicio a nuevos ciclos de incapacidad.

Que Las incapacidades de Mayo a Agosto se encuentran en estado preliquidado; por lo cual es necesario que el usuario o su empleador se acerque a una oficina de atención por dicha Preliquidacion a fin de continuar con la gestión de pago correspondiente.

Señala que existen otros medios jurídicos IDÓNEOS por medio de los cuales se reclaman prestaciones económicas. No es la acción de tutela el medio establecido por el legislador para ventilar este tipo de pretensiones. En segundo término, suponiendo, en gracia de discusión que la exigencia actual, conculca la violación a un derecho fundamental; esta supuesta violación carecería del requisito de ACTUALIDAD DE UN DAÑO QUE ESTA POR CONCRETARSE, por cuanto éste ya se habría cernido sobre el patrimonio de la ACCIONANTE.

Solicita la improcedencia de la tutela.

MINISTERIO DE TRABAJO

Solicita la improcedencia de la tutela por falta de legitimación por pasiva ya que la entidad no es ni fue el empleador del accionante— por lo mismo no existen obligaciones ni derechos recíprocos entre los dos lo que da lugar a que haya ausencia por parte del Ministerio bien sea por acción u omisión de vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno.

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL

Dice que frente al pago de incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días en los casos: cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el medico tratante en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento medico ; cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que origino la incapacidad por enfermedad general de origen común habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del medico tratante. Solicita por ultimo la improcedencia de la tutela por falta de legitimación por pasiva.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Señala que las Eps como aseguradoras de salud, son responsables de la calidad, oportunidad y eficiencia de la prestación de los servicios de salud, ya que el aseguramiento en salud exige que el asegurador EPS asuma el riesgo trasferido por el usuario, esto es la salud, la vida del asegurado y cumpla cabalmente con las obligaciones frente a la prestación de los servicios y tecnologías. Solicita la improcedencia de la tutela por falta de legitimación por pasiva.

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.

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.

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 y a partir del día 541 corresponde el pago de incapacidades a la eps a la cual se encuentra afiliado el trabajador.

En suma, ha estimado la Corte 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 el caso concreto es evidente que el estado de salud del actor ha impedido el reintegro a su actividad laboral, ya que en su favor se siguen expidiendo certificados de incapacidad laboral, que el señor Benavides no puede desempeñarse laboralmente para obtener ingresos que le permitan vivir dignamente, lo que indica que se encuentra en situación de debilidad manifiesta, vulnerándose así el derecho al mínimo vital, a la vida digna a la salud.

Del estudio hecho y de las pruebas aportadas no cabe duda que el fallo que en vía de impugnación se ha analizado debe confirmarse en su totalidad, toda vez que corresponde a la eps a la cual se encuentra afiliado el accionante hacer el pago de las incapacidades que se han expedido después del día 540 y por cuanto la sentencia no amerita nulidad ni revocatoria por cuanto se ajusta a las normas legales y constitucionales.

Por estas razones el fallo que en vía de impugnación se ha estudiado debe confirmarse.

3°.- CONCLUSIÓN.

Con sustento en lo anteriormente considerado y razonado, se confirmara 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: Confirmar la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta ciudad de fecha 28 de septiembre de 2020.

Segundo: Notifíquesele a las partes este fallo por el medio más expedito.

Tercero: Envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La Juez.


MARIA EUGENIA FAJARDO CASALLAS.

