REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO ONCE MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: **11001 41 05 011 2021 00276 00**
ACCIONANTE: **DAYANA ELISBETH SIERRA NÚÑEZ**
DEMANDADO: **FAMISANAR EPS**

S E N T E N C I A

En Bogotá D.C. a los cuatro (04) días del mes mayo de dos mil veintiuno (2021), procede este Despacho Judicial a decidir la Acción de Tutela instaurada por **DAYANA ELISBETH SIERRA NÚÑEZ** en contra de **FAMISANAR EPS** en los términos y para los fines concebidos en el escrito de solicitud de amparo constitucional obrante en las páginas 2 a 4 del expediente.

ANTECEDENTES

DAYANA ELISBETH SIERRA NÚÑEZ, quien actúa en nombre propio, promovió acción de tutela en contra de **FAMISANAR EPS,** para la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna y seguridad social. En consecuencia, solicita que se ordene a la accionada el reconocimiento y pago de una incapacidad.

Como fundamento de su pretensión indicó que se encuentra vinculada laboralmente con la entidad **GRUPO EMPRESARIAL WSR LA ROCA S.A.S.** en el cargo de oficios varios, le fue practicada una cirugía ambulatoria por una masa en el seno derecho, y como consecuencia de ello, la IPS Asociación de Amigos contra el Cáncer Proseguir expidió incapacidad por el término de 10 días por la suma de $234.081 sin que a la fecha se hubiese proferido el pago; razón por la cual, se encuentran vulnerados sus derechos fundamentales.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Una vez realizadas las notificaciones a las entidades y corrido el traslado correspondiente, procedieron a contestar de la siguiente manera:

- **FAMISANAR EPS (págs. 23 a 29)**, señaló que la incapacidad que a la que hace referencia la gestora es la No. 7625112 del 12/06/2020 al 21/06/2020 por el termino de 10 días en estado pagado al empleador; por lo que, si existe vulneración a los derechos fundamentales de la accionante el accionar es del empleador **GRUPO EMPRESARIAL WSR LA ROCA S.A.S.;** razón por la cual, solicita ser desvinculada de la acción constitucional y sea declarada como improcedente la presente acción, por cuanto, no se acredito la existencia de un perjuicio irremediable.

Notificadas en debida forma, y corrido el traslado correspondiente, las vinculadas **GRUPO EMPRESARIAL WSR LA ROCA S.A.S. y la ASOCIACIÓN DE AMIGOS CONTRA EL CÁNCER PROSEGUIR,** guardaron silencio frente a la acción de tutela de la referencia, aun cuando las debidas notificaciones fueron enviadas a los correos electrónicos de notificación judicial de las entidades.

CONSIDERACIONES

Conforme al Artículo 86 de la Constitución Política, encontramos que 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 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.**

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Conforme a lo expuesto por las partes, tanto en el escrito tutelar como en la contestación al mismo, en este caso, esta Sede Judicial se adentra resolver si ¿existe vulneración de los derechos fundamentales de la gestora, cuando no le son reconocidas ni canceladas las incapacidades médicas otorgadas por su médico tratante por los entes que conforman el Sistema de Seguridad Social?

PROCEDENCIA EXCEPCIONALMENTE DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES

En la misma línea, reiteradamente se ha señalado que la acción de tutela no es procedente para el reconocimiento y pago de acreencias laborales. No obstante, el pago de incapacidades es procedente excepcionalmente debido a que ese emolumento sustituye el salario durante el tiempo en el cual el trabajador se encuentra involuntariamente al margen de sus labores, es decir que el mismo se encuentra directamente ligado con a la garantía de los derechos al mínimo vital y a la vida digna.

> *"3.1. La Constitución Política en su artículo 49 establece la garantía para que todos los ciudadanos accedan a los servicios de promoción, protección, prevención, rehabilitación y recuperación de la salud, cuando la misma se ha visto mermada con ocasión del desarrollo de actividades laborales generando como consecuencia las denominadas incapacidades laborales.*
> *3.2. De igual manera, esta Corporación ha señalado reiteradamente que las sumas de dinero reconocidas como subsidio por incapacidad vienen a sustituir el salario durante el lapso en el cual el trabajador se encuentra al margen de sus labores, constituyendo la garantía necesaria para que su recuperación transcurra de manera tranquila al no tener que preocuparse por la procura de los ingresos necesarios para el sostenimiento personal o de su grupo familiar, garantizando su subsistencia en condiciones dignas, (artículo 53 de la Carta Política). En materia de procedencia de la tutela para el reconocimiento de esta prestación, en la sentencia T-684 de 2010, se compilaron las siguientes subreglas:*

"La jurisprudencia constitucional igualmente ha fijado unos criterios que deben tenerse en cuenta para que el reconocimiento de incapacidades laborales sea procedente a través de la acción de tutela, los cuales son:
i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores[24], cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar;
ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia[25]; y
iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta[26]."

Así las cosas, en desarrollo jurisprudencial, la H. Corte Constitucional ha señalado de manera reiterada respecto de las incapacidades de origen común que:

5.1.2 Incapacidades por enfermedad de origen común
De acuerdo con las disposiciones legales que regulan la materia, dependiendo del tiempo de duración de la incapacidad, la remuneración recibida durante ese lapso podrá ser denominada ***auxilio económico***[1] *si se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma, o* ***subsidio de incapacidad***[2] *si se trata del día 181 en adelante. La obligación del pago de incapacidades está distribuida de la siguiente manera:*
i. Entre el día 1 y 2 está a cargo del empleador según lo establecido en el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013.[3]
ii. Entre el día 3 y 180 a cargo de la EPS según el mismo decreto.
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[4] *de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.*[5]
… Sobre la base de lo previsto en la Ley 1753 del 2015, el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común tiene actualmente las siguientes fases y encargados:

Periodo	***Entidad obligada***	***Fuente normativa***
Día 1 a 2	*Empleador*	*Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013*
Día 3 a 180	*EPS*	*Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013*
Día 181 hasta un plazo de 540 días	*Fondo de Pensiones*	*Artículo 52 de la Ley 962 de 2005*
Día 541 en adelante	***EPS***[6]	***Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015***

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en relación con este tema ha establecido que el origen de la incapacidad determina la hoja de ruta para establecer con claridad cuál es la entidad, bien sea que pertenezca al Sistema General de Seguridad Social en Salud o al Sistema General de Riesgos Laborales, que tiene la obligación de pagar las incapacidades, en concordancia con las diferentes reglas temporales que operan en los casos de enfermedades de origen común.

---

[1] Código Sustantivo del Trabajo, artículo 227.
[2] Decreto 2463 de 2001, artículo 23.
[3] El Decreto 2943 de 2013 modifica el parágrafo 1 del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 que establecía que la obligación del empleador era pagar los primeros 3 días de incapacidades originadas por enfermedad general.
[4] Este artículo modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.
[5] Este concepto debe emitirse antes del vencimiento de los primeros 150 días de incapacidad. Si la EPS no cumple esta obligación, deberá asumir el pago de las incapacidades posteriores a los 180 días, hasta que emita el concepto.
[6] La EPS podrá perseguir el pago de dichas incapacidades ante la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, según el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

> ***Ahora bien, aun cuando el desarrollo normativo y jurisprudencial previo al año 2015, daba cuenta de la existencia de un déficit de protección para incapacidades que superaran los 540 días consecutivos, esta Sala encuentra que tal circunstancia ha sido satisfecha por el artículo 67 de la Ley 1573 de 2015, al menos mientras se encuentre vigente el Plan Nacional de Desarrollo…"*** *(T-200/17)*

DEL REQUISITO DE INMEDIATEZ EN LAS ACCIONES CONSTITUCIONALES

Respecto del requisito de la inmediatez, que la acción de tutela debe interponerse en un tiempo prudencial para que cumpla con el requisito de procedibilidad, tal como lo ha señalado por la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos, entre otras en la sentencia **T-077 de 2018** del MP Antonio José Lizarazo Campo, en la cual se indicó:

> *"4.4.3. Inmediatez. Este requisito de procedibilidad impone la carga al demandante de interponer la acción de tutela en un término prudente y razonable respecto del hecho o la conducta que causa la vulneración de derechos fundamentales.*

En la misma providencia la Corte Señaló que, para acreditar el cumplimiento del requisito de inmediatez, el juez debe tener en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto que expliquen razonablemente la aparente tardanza por parte del accionante en presentar la acción de tutela; dentro de los cuales se encuentra, el que exista una razón justificada por la cual no se interpuso la acción dentro de un plazo razonable y se justifique la tardanza en actuar, tales como *"(…)* ***(a) la ocurrencia de un evento que constituya fuerza mayor o caso fortuito, (b) la incapacidad o imposibilidad del actor para interponer la tutela en un término razonable, o (c) que sobrevenga un hecho nuevo que cambie de manera drástica las circunstancias del caso concreto y que, de justificar la tardanza en un hecho nuevo, la acción de tutela se interponga dentro de un plazo razonable frente a la ocurrencia del hecho nuevo****", o que se acredite la existencia de circunstancias que pongan al accionante en una situación de debilidad manifiesta".*

Aunado a lo anterior, en sentencia **SU – 158 de 2013,** del MP María Victoria Calle Correa, nuestro órgano de cierre constitucional dispuso que si bien el juez constitucional debe constatar el tiempo trascurrido entre la supuesta violación o amenaza de los derechos fundamentales y la interposición de la tutela, *"(…) dicha constatación no es suficiente para tomar una decisión sobre la inmediatez del amparo, ya que no cualquier tardanza en la presentación de las acciones de tutela acarrea su improcedencia, sino sólo aquella que pueda juzgarse como injustificada o irrazonable…".*

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CUANDO EXISTE OTRO MECANISMO DE DEFENSA

De manera general, como se ha manifestado en la jurisprudencia, se considera que la acción resulta improcedente para reconocer una **prestación económica**, para lo cual existen otros medios de defensa judicial, es así, que tratándose de

este tipo de reclamaciones la H. Corte Constitucional, ha sido enfática en señalar la improcedencia de la acción, al respecto la sentencia T- 012 de 2017, indica:

> *"(…) la acción de tutela es un mecanismo previsto en la Constitución, encaminado a la protección inmediata de los derechos fundamentales frente a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, de la cual se desprenda vulneración o amenaza a los mismos; el cual sólo es procedente en la medida en que no se disponga de otro medio eficaz de defensa judicial para salvaguardar los derechos invocados, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para conjurar un perjuicio irremediable, o para hacer cesar un daño que se le viene ocasionando al tutelante. En ese sentido,* ***la acción de tutela no procede por regla general para ventilar asuntos cuyo conocimiento le ha sido deferido a la jurisdicción ordinaria, como lo son las controversias alusivas a la reclamación de pensiones y otras prestaciones económicas de que se ocupan los jueces laborales, so pena de despojar al amparo de su carácter excepcional"***

Lo anterior en relación a que, en materia de tutela la jurisdicción constitucional se debe pronunciar sobre controversias de orden estrictamente constitucional; por lo tanto, resultan ajenas disputas de otra índole, las cuales, presentan instrumentos procesales propios para su trámite y resolución.

Aunado a lo anterior, la acción de tutela se caracteriza por ser un mecanismo excepcional y subsidiario que nace para la defensa de los derechos fundamentales. No obstante, el artículo 86 de la C.P reza ***"...esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable..."***

DEL CASO CONCRETO

Conforme a lo expuesto por el petente en el escrito tutelar, esta Sede Judicial se dispone a resolver, si a **DAYANA ELISBETH SIERRA NÚÑEZ,** le han sido vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna y seguridad social; por la supuesta negativa por parte de la **EPS FAMISANAR,** de reconocer la incapacidad concedida por el periodo comprendido entre el 16 de junio y 24 de julio del año 2020 **(págs. 9 a 11).**

Así las cosas, respecto de las inconformidades que dieron origen a la interposición de la presente acción se hace imperativo el análisis riguroso del requisito de subsidiariedad necesario por regla general para viabilizar el amparo constitucional. Este presupuesto hace referencia al carácter residual de la acción de amparo constitucional, que la hace viable solo cuando a favor del solicitante no exista otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz, o cuando existiendo, se requiera acudir al amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, debiendo éste aparecer acreditado y por contera despuntar, sin mayor dificultad, la urgencia y necesidad de adoptar medidas para conjurar la situación de vulneración alegada.

Con ello se quiere significar que el escenario para solicitar y garantizar los derechos fundamentales es, por antonomasia, el respectivo trámite, procedimiento

y/o actuación administrativa diseñada por el legislador, y solamente tiene cabida la acción de tutela bajo circunstancias excepcionales, amén de su connotación residual que impide que funja como medio sucedáneo o complementario de defensa.

De esta manera, en línea de principio la salvaguarda constitucional no es procedente para ordenar el reconocimiento de la prestación económica deprecada, máxime cuando, **no se encuentra acreditado un perjuicio irremediable, la accionada en su contestación manifestó que realizó el pago de la incapacidad al GRUPO EMPRESARIAL WSR LA ROCA S.A.S. sin allegar soporte alguno de ello, y el empleador guardo silencio frente a los hechos expuestos en la presente acción.**

Conforme a lo expuesto, en manera alguna podría considerarse que la vía de tutela sea el instrumento de defensa adecuado, ni es esta sede la apropiada para resolver la controversia presentada, pues se reitera que la acción constitucional de tutela, no puede fungir como medio alterno para remplazar los procedimientos legales instituidos.

Al respecto, no es posible pasar por alto que el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 consagra en su ordinal inicial que *"la acción de tutela no procederá (…) cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquellas se utilicen como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable",* que de por sí solo, con las documentales allegadas como pruebas al plenario se reitera no se encuentra acreditado. Se ha de tener presente que, **la pretensión de la accionante implica un conflicto jurídico, y por lo mismo, debe solucionarse por la vía judicial o administrativa correspondiente para resolverlo**.

Es así como, la Corte Constitucional mediante sentencia **T-030 de 2015** ha concluido que por regla general la acción constitucional de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que aduce como trasgredidos, toda vez que: "*(…) la jurisprudencia de la Corte ha sido enfática en la necesidad de que el juez de tutela someta los asuntos que llegan a su conocimiento a la estricta observancia del carácter subsidiario y residual de la acción. En este sentido, el carácter supletorio del mecanismo de tutela conduce a que solo tenga lugar cuando dentro de los diversos medios que pueda tener el actor no existe alguno que sea idóneo para proteger objetivamente el derecho que se alegue vulnerado o amenazado [2].*"

Tampoco advierte el Despacho una circunstancia especial o particularmente apremiante que justifique al Juez constitucional, para resolver por vía tutelar un asunto de naturaleza legal.

Se recuerda a la activa que la carga mínima exigida es la de probar, si quiera de manera sumaria, **que se encuentra en una situación de vulnerabilidad**, además, de expresar las razones por las cuales el procedimiento establecido para la prosperidad de lo pretendido, es ineficaz para la protección de los derechos que la activa invoca como trasgredidos en el escrito tutelar; esto es, los derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna y seguridad social.

En consecuencia, resulta forzoso concluir la improcedencia de este mecanismo constitucional para ordenar el reconocimiento y pago de una incapacidad; toda vez que, en el caso sub examine, no puede proceder esta operadora judicial de modo caprichoso a aplicar la excepción propia de la acción constitucional, pues ello atentaría contra la tutela judicial efectiva y el derecho de aquellas personas que, de manera diligente, han agotado los procedimientos previamente establecidos, procurando el amparo de los derechos que considera trasgredidos.

En otro giro, y en gracia de discusión, se ha de precisar que la Corte Constitucional en sentencia **SU-158 de 2013** con ponencia de la Magistrada Dra. María Victoria Calle Correa, señala que, en todas las acciones de tutela, el juzgador deberá verificar el tiempo transcurrido entre la supuesta violación o amenaza de derechos fundamentales y la interposición de la tutela, a fin de verificar el cumplimiento del requisito de inmediatez, característico de este mecanismo constitucional.

Visto lo anterior, se tiene que, en el presente caso, la acción de tutela se instauró **10 meses después** de que feneció la incapacidad concedida a la gestora, plazo no razonable en consideración a los presupuestos fácticos expuestos por la activa, y sin allegar justificación alguna a dicha inactividad, por lo que se ha de recordar a **DAYANA ELISBETH SIERRA NÚÑEZ** que las acciones constitucionales se deben interponer en un tiempo prudencial para que cumpla con el requisito de procedibilidad, mismo que impone la carga a la parte demandante de interponer la acción de tutela en un término prudente y razonable respecto del hecho o la conducta que causa la vulneración de sus derechos fundamentales; situación que no se presentó en el caso sub examine.

Finalmente, al no existir responsabilidad alguna de las vinculadas **GRUPO EMPRESARIAL WSR LA ROCA S.A.S. y la ASOCIACIÓN DE AMIGOS CONTRA EL CÁNCER PROSEGUIR**, se ordenará su desvinculación de la acción de tutela de la referencia, teniendo en cuenta que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales que la activa alega como trasgredidos.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE 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: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela interpuesta por **DAYANA ELISBETH SIERRA NÚÑEZ** en contra de **FAMISANAR EPS.**

SEGUNDO: DESVINCULAR de la presente acción al **GRUPO EMPRESARIAL WSR LA ROCA S.A.S. y la ASOCIACIÓN DE AMIGOS CONTRA EL CÁNCER PROSEGUI,** conforme a lo dispuesto en la parte motiva de esta decisión**.**

<u>TERCERO</u>: NOTIFICAR por el medio más eficaz tanto a la parte accionante como a la accionada del resultado de la presente providencia.

<u>CUARTO</u>: Si no fuere impugnado el presente fallo oportunamente, esto es, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, se remitirá a la H. Corte Constitucional en los términos del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. En caso contrario se enviará a la Oficina Judicial - Reparto de los Juzgados Laborales del Circuito de esta ciudad, en los términos del artículo 32 ibídem.

CÚMPLASE,

Firmado Por:

VIVIANA LICEDT QUIROGA GUTIERREZ
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 11 PEQUEÑAS CAUSAS LABORAL BOGOTÁ

DIANA MILENA GONZALEZ ALVARADO
SECRETARIO MUNICIPAL
JUZGADO 11 PEQUEÑAS CAUSAS LABORAL BOGOTÁ

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:
4d06555c0c8340ed8b7e4394599d59a70fde4331d8d91c7f1f3d722db58b816c
Documento generado en 04/05/2021 12:30:53 PM