

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ D.C.**

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001-41-05-008-2020-00387-00

ACCIONANTE: LILIAM CAROLINA RIVAS HERNÁNDEZ

ACCIONADA: FAMISANAR E.P.S.

VINCULADAS: ESTRATEGIAS CONTACT CENTER COLOMBIA

PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

En Bogotá D.C., a los veintidós (22) días del mes de octubre del año dos mil veinte (2020), procede éste Despacho Judicial a resolver la acción de tutela impetrada por la señora **LILIAM CAROLINA RIVAS HERNÁNDEZ**, quien solicita el amparo de sus Derechos Fundamentales al Mínimo Vital, a la Seguridad Social y a la Igualdad, presuntamente vulnerados por **FAMISANAR E.P.S.**

RESEÑA FÁCTICA

Informa la accionante, que se encuentra afiliada a FAMISANAR E.P.S. desde el 29 de enero de 2015 como cotizante dependiente de la empresa ESTRATEGIAS CONTACT CENTER COLOMBIA.

Que desde el 25 de febrero de 2016 se encuentra incapacitada, por las patologías de “*epicondilitis media bilateral*”, “*epicondilitis lateral*” y “*tenosinovitis de estiloides radical*”.

Que sus incapacidades han sido permanentes, razón por la cual no ha podido laborar desde febrero de 2016.

Que las incapacidades de febrero de 2016 a septiembre de 2019 fueron pagadas por la ARL SEGUROS BOLÍVAR.

Que la E.P.S. FAMISANAR ha expedido incapacidades continuas desde octubre de 2019 a la fecha.

Que el 02 de octubre de 2019 la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, emitió dictamen de origen, determinando que es común.

Que el dictamen no fue objeto de recurso por ninguna de las partes.

Que a FAMISANAR E.P.S. le corresponde el reconocimiento y pago de sus incapacidades.

Que las incapacidades desde octubre de 2019 a la fecha, no han sido pagadas por FAMISANAR E.P.S.

Que el no pago de las incapacidades, afecta su mínimo vital por cuanto no percibe ingreso económico para su subsistencia.

Por lo anterior, solicita se tutelen sus derechos fundamentales al Mínimo Vital, a la Seguridad Social y a la Igualdad, y se ordene a **FAMISANAR E.P.S.** pagar las incapacidades comprendidas desde el 08 octubre de 2019 hasta la fecha.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

FAMISANAR E.P.S.

La accionada allegó contestación el 13 de octubre de 2020, en la que manifiesta que la accionante cuenta con una incapacidad continua desde el 25 de junio de 2016.

Que cumplió los 180 días de incapacidad el 26 de octubre de 2016, y los 540 días el 21 de octubre de 2017.

Que ha prestado todos los servicios que ha requerido la accionante.

Que los periodos de incapacidad reclamados por la accionante, no están registrados en el sistema, en atención a que ni el empleador ni la trabajadora las han radicado ante la E.P.S.

Que el Decreto 019 de 2012, establece que el trámite para el reconocimiento y pago de incapacidades debe ser adelantado directamente por el empleador.

Que la vulneración al mínimo vital de la accionante recae sobre ESTRATEGIAS CONTACT CENTER COLOMBIA, pues tiene la obligación de pagar las licencias e incapacidades en la nómina de sus trabajadores, y posteriormente solicitar el reembolso ante la E.P.S.

Por lo anterior, solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela y se le desvincule de la misma, en razón a que carece de legitimación en la causa por pasiva y no se evidencia vulneración de algún derecho fundamental de la accionante.

PORVENIR S.A.

La vinculada allegó contestación el 13 de octubre de 2020, en la que manifiesta que FAMISANAR E.P.S. emitió concepto favorable de rehabilitación sin origen.

Que en el presenta caso no se tiene certeza si las patologías de la accionante son de origen común o laboral.

Que FAMISANAR E.P.S. notificó a PORVENIR S.A. del recurso presentado ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, frente al dictamen de origen de la enfermedad.

Que no le ha sido notificado el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Que en caso de existir concepto favorable de rehabilitación por una patología de origen común, el reconocimiento y pago de las incapacidades posteriores al día 541 están a cargo de la E.P.S.

Que si la patología de la accionante es de origen laboral, es el sistema de riesgos profesionales el que debe asumir el reconocimiento y pago de las incapacidades.

Que carece de legitimación en la causa por pasiva para asumir las pretensiones de la accionante.

Por lo anterior, solicita se declare improcedente la acción de tutela en razón a que no ha vulnerado derecho fundamental alguno de la accionante.

ESTRATEGIAS CONTACT CENTER COLOMBIA

La vinculada allegó contestación el 20 de octubre de 2020, en la que manifiesta que la afectación de los derechos fundamentales de la accionante recae exclusivamente sobre FAMISANAR E.P.S.

Que ha cumplido con todas sus obligaciones como empleador, sirviendo de intermediario para el pago de incapacidades hasta tanto éstas fueron realizadas por FAMISANAR E.P.S.

Que ha pagado de manera oportuna los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral.

Que ha cumplido con el pago de las prestaciones sociales de la accionante, pese a que no ha habido una prestación personal del servicio desde hace 1600 días.

Que ha solicitado ante FAMISANAR E.P.S. el pago de las incapacidades a favor de la accionante, así como el trámite de calificación de pérdida de la capacidad laboral, pero no ha obtenido respuesta.

Por lo anterior solicita su desvinculación, pues no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales de la accionante, y carece de legitimación en la causa por pasiva. Y solicita se ordene a FAMISANAR E.P.S. el pago de las incapacidades.

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

La vinculada allegó contestación el 22 de octubre de 2020 en la que manifiesta que no es función suya generar el pago de incapacidades superiores a 540 días, por lo que la vulneración de algún derecho fundamental del accionante se produciría por una omisión no atribuible a la entidad, situación que fundamenta la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Que atendiendo lo dicho por la Corte Constitucional frente al pago de las incapacidades, el cual garantiza el mínimo vital del trabajador y el de su núcleo familiar, es necesario remitirse a los artículos 1° del Decreto 2943 de 2013, 41 de la Ley 100 de 1993 y 67 de la Ley 1753 de 2015 que establecen de forma precisa qué entidades deben asumir el pago de una incapacidad teniendo en cuenta la duración de ésta, y que confirman que dicha carga legal no está en cabeza de la ADRES.

Por lo anterior solicita su desvinculación, pues la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales de la accionante.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En concordancia con los antecedentes expuestos, corresponde al Despacho responder el siguiente problema jurídico: ¿Es procedente la acción de tutela para ordenar el reconocimiento y pago de las incapacidades de la señora **LILIAM CAROLINA RIVAS HERNÁNDEZ**, dadas las particularidades del caso concreto? En caso de ser positiva la respuesta, ¿**FAMISANAR E.P.S., PORVENIR S.A., ESTRATEGIAS CONTACT CENTER COLOMBIA** o la **ADRES**, han vulnerado los derechos fundamentales al Mínimo Vital, Salud y Vida Digna de la señora **LILIAM CAROLINA RIVAS HERNÁNDEZ** al negarle el pago de las incapacidades superiores a los 540 días?

MARCO NORMATIVO

Conforme el 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 éstos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona 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.

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES POR MEDIO DE ACCIÓN DE TUTELA (SENTENCIA T-008 DE 2018)

La acción de tutela tiene carácter residual, y procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice para evitar un perjuicio irremediable. El cumplimiento de este mandato ha sido denominado requisito de subsidiariedad y tiene como finalidad “*reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos*”¹.

¹ Sentencias T-139 de 2017, T-106 de 2017, T-633 de 2015, T-603 de 2015, T-291 de 2014, T-367 de 2008, T-580 de 2006.

En la Sentencia T-530 de 2017, la Corte Constitucional dijo al respecto:

“La acción de tutela no es un mecanismo principal para la protección de derechos, sino que tiene un carácter extraordinario. Ello no implica que quien encuentre amenazados sus derechos fundamentales, deba agotar absolutamente todos los medios de defensa que existan, sino sólo aquellos que sean idóneos y eficaces para dar solución al problema planteado.

La idoneidad se predica de la existencia de un procedimiento pertinente y conducente para solucionar la controversia jurídica. En tanto que la eficacia es la posibilidad de que el medio que se reputa idóneo genere una consecuencia jurídica desprovista de arbitrariedad en un plazo razonable”².

Así las cosas, el mecanismo idóneo para solucionar las controversias sobre el reconocimiento y pago de incapacidades que puedan presentarse entre un afiliado y las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o su empleador, corresponde a la justicia ordinaria.

Sin embargo, cuando el pago de incapacidades laborales constituye el único medio para la satisfacción de necesidades básicas, la acción de tutela también se convierte en mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental al mínimo vital³.

En la Sentencia T-920 de 2009, la Corte Constitucional expuso:

“...esta Corporación ha procedido a ordenar el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por vía de tutela, cuando se comprueba la afectación del derecho al mínimo vital del trabajador, en la medida en que dicha prestación constituya la única fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades personales y familiares, ello sobre la base de que los mecanismos ordinarios instituidos para el efecto, no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza”.

La idoneidad de la acción de tutela para reclamar el pago de incapacidades también se fundamenta en que la omisión en el cumplimiento de tal obligación puede generar un perjuicio irremediable, como fue señalado en la Sentencia T-468 de 2010:

“Es así, como a pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar las acreencias laborales, entre ellas las incapacidades, esta Corporación ha reiterado, que cuando no se pagan oportunamente las incapacidades debidamente certificadas al trabajador y con ello se vulneran de paso derechos constitucionales, el

² Sentencias T-263 de 2017 y T-530 de 2017.

³ Sentencia T-140 de 2016.

juez de tutela se legitima para pronunciarse sobre el fondo del asunto con el fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el asalariado y su núcleo familiar”.

De esta manera, el estudio sobre la subsidiariedad en los casos de acciones de tutela en las cuales se reclame el pago de incapacidades laborales debe realizarse de manera flexible, máxime si quien impetra el amparo es una persona que, debido a su estado de salud, se encuentra en estado de debilidad manifiesta, como fue señalado por la Corte en la Sentencia T-182 de 2011:

“Cuando quiera que no se paguen las incapacidades laborales de manera oportuna y completa, se afecta el mínimo vital del trabajador y el de su familia, razón por lo cual la acción de tutela es procedente. La Corte ha sostenido que al determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela en aquellos eventos en donde se comprueba la existencia de personas en circunstancias de debilidad manifiesta, por su avanzada edad, por su mal estado de salud, por la carencia de ingreso económico alguno, por su condición de madre cabeza de familia con hijos menores de edad y/o por su situación de desplazamiento forzado, entre otras; que dependen económicamente de la prestación reclamada y que carecen de capacidad económica para garantizarse su propia subsistencia, se exige del juez un análisis de la situación particular del actor, con el fin de determinar si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales y si se está frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional...”.

Tales consideraciones fueron reiteradas en las Sentencias T-097 de 2015 y T-140 de 2016 en donde se hizo énfasis en la idea de que, en el caso de las incapacidades laborales, se deben analizar las circunstancias concretas de cada caso para verificar si existe la posibilidad de consumación de un perjuicio irremediable.

En síntesis, la Corte Constitucional ha reconocido que la interposición de acciones de tutela para solicitar el pago de incapacidades laborales es procedente, aun cuando no se han agotado los medios ordinarios de defensa, cuando de la satisfacción de tal pretensión dependa la garantía del derecho fundamental al mínimo vital.

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES DE ORIGEN COMÚN, SU MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL (SENTENCIAS T-401 DE 2017 y T-246 DE 2018)

Antes de exponer el marco normativo que regula las incapacidades de origen común, es importante distinguir tres conceptos: El ***certificado de incapacidad temporal***, el cual resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad

laboral del trabajador, es decir que surge de *“un acto médico (...) independiente del trámite administrativo del reconocimiento de la prestación económica”* y, por tanto, en su emisión *“el criterio médico prevalece para definir el número de días de incapacidad recomendada”*. Éste genera durante los primeros 180 días un **auxilio económico** a cargo de la EPS, que desde el día 181 se sustituye por un **subsidio de incapacidad** equivalente al auxilio, pero asumido por el Fondo de Pensiones al que se haya afiliado el trabajador.

La Ley 100 de 1993 contempló la figura de la incapacidad en su artículo 206, conforme al cual los afiliados al Régimen Contributivo en salud tienen derecho al reconocimiento dinerario por incapacidades generadas por enfermedad común. Por su parte, el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 dispuso que las AFP, previo concepto favorable de recuperación, tienen la potestad de postergar la calificación de pérdida de la capacidad laboral hasta por 360 días posteriores a los 180 que se encuentran a cargo de las EPS, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Una vez expedido el certificado de incapacidad laboral, sus pagos y los de las respectivas prórrogas, deben ser asumidos por distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social, lo cual dependerá de la prolongación de la situación de salud del trabajador.

Así, el lapso que hay entre el primer y el segundo día de la incapacidad, competen económicamente al **empleador**, de conformidad con la modificación que introdujo el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, al parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999. En virtud de dicha disposición *“[e]n el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente”*.

Las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las entidades promotoras de salud **EPS** y el trámite tendiente a su reconocimiento debe adelantarlo el empleador, conforme el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012:

“Artículo 121. TRÁMITE DE RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES Y LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD. 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”.

Respecto de las incapacidades que persisten y superan el día 181, se han suscitado debates en cuanto a la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios generados y a la exigibilidad de los mismos, en tanto se ha asumido que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, en virtud del Decreto 2463 de 2001. Sobre la responsabilidad del pago, la Corte Constitucional ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones **AFP** a la que está afiliado el trabajador⁴, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.

RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES LABORALES POSTERIORES AL DÍA 540

Las eventualidades y responsabilidades en materia de incapacidades que superan los 180 días conducen a una evaluación por parte de las autoridades calificadoras acerca de la pérdida de capacidad laboral. Una vez efectuada la calificación, los escenarios posibles son: (i) que no exista pérdida de capacidad laboral relevante para el Sistema General de Seguridad Social, esto es, cuando el porcentaje de pérdida de capacidad laboral oscila entre 0% y 5%; (ii) que se presente una incapacidad permanente parcial, esto es cuando el porcentaje es superior al 5% e inferior al 50%; y (iii) que se genere una condición de invalidez cuando el porcentaje es superior al 50%.

Las personas incapacitadas de forma parcial y permanente (es decir, inferior al 50%), se encuentran en una situación adversa, en la medida en que no tienen la plenitud de la fuerza de trabajo, pero no son consideradas técnicamente inválidas. En estos casos es claro que existe una obligación en cabeza del empleador de reintegrar al afectado a un puesto de trabajo que esté acorde a sus nuevas condiciones de salud. En otras palabras, el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, desarrollado por esta Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿qué sucede con el empleado que, a pesar de tener una incapacidad permanente parcial, sigue con problemas de salud de tal índole que le impiden médicamente ejercer su trabajo? Es decir, ¿qué pasa cuando, agotado todo el procedimiento de valoración, el trabajador no obtiene un porcentaje superior al 50% de pérdida de capacidad laboral, pero aun así continúa recibiendo certificados médicos de incapacidad laboral, pasados los referidos 540 días?

⁴ Sentencias T-485 de 2010, T-333 de 2013, T-698 de 2014 y T-097 de 2015.

Al respecto, es preciso recordar, que el Sistema General de Seguridad Social no previó esta situación dentro de su marco normativo y por tanto, los asegurados incurso en estas circunstancias se encontraban sumidos en desprotección legal como consecuencia de la ausencia de claridad respecto de la entidad que debía asumir el pago del auxilio por incapacidad cuando los mismos superaban los 540 días.

Sin embargo, el vacío legal que adolecía el Sistema General de Seguridad Social fue efectivamente superado con la **Ley 1753 de 2015**, en la que se atribuyó el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las entidades promotoras de salud (EPS) y se determinó como mecanismo para reevaluar la real capacidad de trabajo del afectado y propender oportunamente la reincorporación del asegurado a sus funciones laborales, la obligación del Gobierno Nacional de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad.

En el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 se advierte i) que el Legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días a las EPS, y ii) que las EPS pueden perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto ante la entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES). Conforme lo establecido en el Decreto 546 de 2017, y la Circular No. 1 del 31 de julio de 2017, entró en operación a partir del 1º de agosto de 2017.

En otras palabras, las EPS sólo están asumiendo una carga administrativa en el reconocimiento y pago de las incapacidades, ya que la ley es clara al señalar que quien en últimas terminará asumiendo la obligación es el Estado, en cabeza de la ADRES, que le pagará a las EPS los dineros cancelados por dicho concepto.

Adicionalmente, es oportuno aclarar, que de ninguna manera puede entenderse que el pago de los subsidios por incapacidad al asegurado se encuentra sujeto a condición alguna, toda vez que conforme al texto normativo transcrito, lo que quedó en suspenso fue la reglamentación del procedimiento de revisión periódica por parte de las EPS, y no el cumplimiento del deber de pagar los subsidios por incapacidades. Por lo tanto, desde la entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015, el pago del subsidio por incapacidades que superan el día 540, quedó a cargo de las EPS y desde entonces, tienen el deber de sufragar los valores por dicho concepto a favor del asegurado.

Igualmente, conviene reiterar, que el deber legal de asumir las incapacidades originadas en enfermedad común que superen los 540 días, tampoco se encuentra condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral del afiliado, toda vez que la falta de diligencia de las entidades no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongada⁵.

Sobre la base de lo expuesto, el régimen de pago de incapacidades o subsidios por incapacidad por enfermedades de origen común, está previsto de la siguiente manera:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 y 2	Empleador	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	E.P.S.	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013 en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012
Día 181 hasta el 540	A.F.P.	Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012
Día 541 en adelante	E.P.S. con recobro a ADRES	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

CASO CONCRETO

La señora **LILIAM CAROLINA RIVAS HERNÁNDEZ** interpone acción de tutela en contra de **FAMISANAR E.P.S.**, por considerar que la negativa de dicha entidad en reconocer y pagar las incapacidades comprendidas entre el 08 de octubre de 2019 y hasta la fecha, vulnera sus Derechos Fundamentales al Mínimo Vital, a la Seguridad Social y a la Igualdad.

En atención a la naturaleza prestacional del derecho que se reclama, es necesario, previo a realizar un análisis de fondo, determinar si en el presente caso se cumple el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, o si por el contrario debe acudir al mecanismo ordinario de defensa judicial ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Al respecto, se encuentra probado, que la señora **LILIAM CAROLINA RIVAS HERNÁNDEZ** tiene diagnóstico de “*tenosinovitis de estiloides radical*”, “*epicondilitis media*” y “*epicondilitis lateral*”, y presenta una incapacidad superior a los 540 días. Asimismo está probado, que se encuentra afiliada a **FAMISANAR E.P.S.** en calidad de cotizante dependiente, a través del empleador **ESTRATEGIAS CONTACT CENTER COLOMBIA**.

⁵ Sentencia T-246 de 2018.

La accionante refiere en el escrito de tutela, que el no pago de las incapacidades le ha generado una afectación grave a su mínimo vital, toda vez que su único ingreso es su salario, situación que no fue desvirtuada por las entidades accionadas.

Las anteriores circunstancias, en criterio del Despacho, hacen procedente el mecanismo constitucional toda vez que se comprueba la afectación del derecho al mínimo vital, en tanto las incapacidades que reclama la accionante constituyen la única fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades básicas, por lo que los medios ordinarios de defensa no resultan idóneos ni eficaces.

Establecido lo anterior, procede el Despacho a realizar un pronunciamiento de fondo, encontrando lo siguiente:

(i) La señora **LILIAM CAROLINA RIVAS HERNÁNDEZ** ha estado incapacitada de manera continua desde el 25 de junio de 2016 hasta la actualidad, por los siguientes diagnósticos:

M770 Epicondilitis media bilateral

M771 Epicondilitis lateral

M654 Tenosinovitis de estiloides radial (de quervain)

A hoy, han transcurrido 1.581 días de incapacidad ininterrumpida.

(ii) Respecto del **origen** de las referidas patologías, y según la documental aportada por la A.F.P. PORVENIR y por la misma accionante, se tiene lo siguiente:

El 14 de diciembre de 2016 **FAMISANAR E.P.S.** emitió dictamen de *origen*, en el cual consideró que las patologías M770, M771 y M654 de la accionante son de origen **laboral**.

El 08 de mayo de 2017 la **A.R.L. SEGUROS BOLÍVAR** presentó su inconformidad frente a la calificación efectuada por la E.P.S.

El 10 de diciembre de 2018 **FAMISANAR E.P.S.** remitió el expediente de la accionante a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, con el fin de dirimir la controversia planteada por la A.R.L.

El 24 de septiembre de 2019 la **Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca** realizó el dictamen de *origen*, determinando que las patologías de la accionante son de origen **común**; dictamen que fue notificado el 02 de octubre de 2019, y

que según las documentales aportadas, no fue objeto de recursos, de lo cual se infiere que se encuentra en firme.

Por esa razón, las patologías de la señora **LILIAM CAROLINA RIVAS HERNÁNDEZ** son de origen **común**, corriendo la misma suerte las incapacidades.

(iii) La **A.R.L. SEGUROS BOLIVAR** pagó las incapacidades hasta septiembre de 2019, según manifestación de la propia accionante.

(iv) Sin embargo, y luego de que fuera emitido el dictamen por parte de la Junta de Invalidez, asegura la accionante que no se le han reconocido ni pagado las siguientes incapacidades, probadas mediante certificación expedida por **FAMISANAR E.P.S.**, todas ellas por el mismo diagnóstico M654:

NO. INCAPACIDAD	FECHA INICIAL	FECHA FINAL	DIAGNÓSTICO
No. 0007156385	1/09/2018	9/09/2019	M654
No. 0007157208	10/09/2019	19/09/2019	M654
No. 0007178607	20/09/2019	29/09/2019	M654
No. 0007198476	30/09/2019	7/10/2019	M654
No. 0007213588	8/10/2019	17/10/2019	M654
No. 0007232675	18/10/2019	27/10/2019	M654
No. 0007251325	28/10/2019	6/11/2019	M654
No. 0007272015	7/11/2019	16/11/2019	M654
No. 0007307887	27/11/2019	6/10/2019	M654
No. 0007687032	7/12/2019	16/12/2019	M654
No. 0007355642	17/10/2019	26/12/2019	M654
No. 0007377213	27/12/2019	3/01/2020	M654
No. 0007388668	4/01/2020	2/02/2020	M654
No. 007455894	3/02/2020	12/02/2020	M654
No. 0007556993	13/02/2020	22/02/2020	M654
No. 007557028	23/02/2020	27/02/2020	M654
No. 0007556976	28/02/2020	8/03/2020	M654
No. 0007556977	9/03/2020	18/03/2020	M654
No. 0007556979	19/03/2020	28/03/2020	M654
No. 0007556984	29/03/2020	6/04/2020	M654
No. 0007556973	7/04/2020	16/04/2020	M654
No. 0007599913	17/04/2020	26/04/2020	M654
No. 0007599916	28/04/2020	27/05/2020	M654
No. 0007687062	28/05/2020	26/06/2020	M654
No. 0007687067	27/06/2020	26/07/2020	M654
No. 0007687070	27/07/2020	25/08/2020	M654
No. 0007687076	26/08/2020	24/09/2020	M654
No. 0007707992	25/09/2020	24/10/2020	M654

* Diagnóstico M654: TENOSINOVITIS DE ESTILOIDES RADIAL (DE QUERVAIN)

(v) Como quiera que se siguieron generando incapacidades desde el 08 de octubre de 2019 y en adelante, esto es, mucho después del día 540, y como quiera que se definió por parte de la Junta de Invalidez que su origen es *común*, el reconocimiento de las mismas le corresponde a **FAMISANAR E.P.S.** con recobro a la **ADRES**, conforme el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

(vi) Sin embargo, **FAMISANAR E.P.S.** adujo en su contestación lo siguiente:

“... para el periodo en el cual el usuario cotizó y disfrutó de su licencia se encontraba vinculado como trabajador DEPENDIENTE de la razón social ESTRATEGIAS CONTAC CENTER, por lo que, si hubo una violación a su Derecho Fundamental al Mínimo Vital, en principio debió ser conculcado por parte de su empleador y no por Famisanar EPS al no acatar lo que normativa y jurisprudencialmente le corresponde como empleador, entre otras cosas cancelar las licencias e incapacidades en los periodos de pago de la nómina de sus trabajadores (...). Razón por la cual, cualquier debate de procedencia de reembolso de incapacidad de la EPS a su EMPLEADOR ESTRATEGIAS CONTAC CENTER, no solo es debate a resolver en otras instancias, sino que la procedencia del reembolso a la razón social ESTRATEGIAS CONTAC CENTER, se lleva a cabo directamente con dicha entidad y cualquier orden tutelar frente a la presente controversia generaría un doble pago, doble pago que no está contemplado en las normas que racionalizan el SGSSS.”

(vi) Por su parte, el empleador **ESTRATEGIAS CONTACT CENTER COLOMBIA**, en su contestación manifestó lo siguiente:

“La Accionante inició la relación laboral con ECCC el 22 de febrero de 2016, y desde el 25 de febrero del mismo año, tres (3) días después, inició sus procesos de incapacidades médicas. ECCC ha cumplido con todas sus obligaciones como empleador formal de la Accionante: (i) sirviendo de intermediario en el pago de la incapacidad hasta tanto ésta fue realizada por FAMISANAR EPS, incluso estando pendiente el pago de incapacidades asumidas como garantía por ECCC, (ii) realizando a la fecha los aportes al Sistema de Seguridad Social, como lo manifiesta la Accionante en su escrito, (iii) reconociendo las prestaciones sociales en las fechas en las que por Ley corresponde, incluso y a pesar de que no existe prestación de servicios a favor de ECCC desde hace más de 1.600 días, y de que no existe reconocimiento de salarios”.

En síntesis, **FAMISANAR E.P.S.** no niega la existencia de las incapacidades, sin embargo, aduce que la responsabilidad del pago recae primeramente en cabeza del empleador quien después podrá solicitar el *reembolso* a la E.P.S., pero que dicho debate escapa de la órbita de la acción de tutela, pues es un trámite que se lleva a cabo directamente con la entidad.

La razón del empleador **ESTRATEGIAS CONTACT CENTER COLOMBIA** para no pagar las incapacidades del 08 de octubre de 2019 a la fecha, es que **FAMISANAR E.P.S.** no ha generado el pago, empero, no aportó las constancias de haber tramitado la radicación ni tampoco de haber pagado las incapacidades a la accionante en las respectivas nóminas salariales.

Al respecto, es menester recordar el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, que dispone que el trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general deberá ser adelantado, de manera directa, por el **empleador** ante las EPS y que en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

En esos términos, no es válida la justificación de **ESTRATEGIAS CONTACT CENTER COLOMBIA**, pues constituye un incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, en el entendido que la incapacidad reportada por el trabajador debe ser cubierta por el empleador con la misma regularidad del salario, independiente del trámite administrativo -de radicación y recobro- que después debe tramitar el empleador con la E.P.S. Luego, poner al trabajador en una situación de espera, dando prevalencia al trámite administrativo, es una clara vulneración del derecho fundamental al mínimo vital.

Por las razones anteriores, se concederá el amparo y se ordenará a **ESTRATEGIAS CONTACT CENTER COLOMBIA** pagar las incapacidades comprendidas entre el 08 de octubre de 2019 y el 24 de octubre de 2020 fecha de la última incapacidad probada por la accionante, independiente del trámite de radicación y de recobro que deba tramitar ante **FAMISANAR E.P.S.**

Se desvinculará a **PORVENIR S.A.** y a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES** por falta de legitimación en la causa.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO 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 al Mínimo Vital y Seguridad Social de **LILIAM CAROLINA RIVAS HERNÁNDEZ**, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al empleador **ESTRATEGIAS CONTACT CENTER COLOMBIA** que en el término de CINCO (05) DÍAS HÁBILES siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a reconocer y pagar en favor de la trabajadora **LILIAM CAROLINA RIVAS HERNÁNDEZ** las incapacidades comprendidas entre el 08 de octubre de 2019 y el 24 de octubre de 2020 fecha de la última incapacidad probada, independiente del trámite de radicación y de recobro que deba tramitar ante **FAMISANAR E.P.S.**

TERCERO: DESVINCULAR a **PORVENIR S.A.** y a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**, por falta de legitimación en la causa.

CUARTO: Notifíquese a las partes por el medio más eficaz y expedito, advirtiéndoles que cuentan con el término de tres (3) días hábiles para impugnar esta providencia, contados a partir del día hábil siguiente de su notificación.

Por motivos de salud pública, y en acatamiento de las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura para evitar la propagación del coronavirus Covid-19, la impugnación deberá ser remitida al email: j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIANA FERNANDA ERASSO FUERTES
JUEZ