

REPUBLICA DE COLOMBIA



**Rama Judicial del Poder Público
JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO**

Bogotá. D. C. veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Referencia: IMPUGNACIÓN TUTELA
Radicado N°: 11001-40-03-022-2022-00779-01
ACCIONANTE: JENY CAROLINA ROJAS GUERRERO
ACCIONADOS: FAMISANAR EPS y COLFONDOS AFP y
CONEVOLUCION S.A.S.
VINCULADOS: SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD,
MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGUROS BOLIVAR
S.A.

I. ASUNTO

Procede el despacho a proferir la **SENTENCIA** de segunda instancia que en derecho corresponda para finiquitar el trámite de la **IMPUGNACIÓN DE TUTELA** de la referencia.

II. ACCIONANTE

Se trata de **JENY CAROLINA ROJAS GUERRERO**, quien actúa en defensa de sus derechos.

III. ACCIONADA

Se dirige la presente **ACCION DE TUTELA** contra **FAMISANAR EPS, AFP COLFONDOS S.A.S., CONEVOLUCION S.A.S.** y como vinculados **SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD, MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGUROS BOLÍVAR S.A.**

IV. DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS

La petente cita los derechos al **mínimo vital, vida digna y seguridad social**.

V. OMISION ENDILGADA A LA ACCIONADA

Aduce que como consecuencia de los diagnósticos **MIGRAÑA, GASTRITIS POR ENDOSCOPIA, EPILEPSIA, TRASTORNO DEPRESIVO** se encuentra en tratamiento y le han sido generadas una serie de incapacidades desde el 16 de noviembre de 2021 hasta julio de 2022, las cuales no han sido autorizadas ni pagadas.

Señala que las accionadas evaden su responsabilidad endilgando la obligación a las otras entidades, con lo cual se vulneran sus derechos y los de su familia ya que tiene a cargo a su madre adulto mayor y a sus dos menores hijos quienes presentan varias enfermedades de base.

Pide le sean tutelados los derechos invocados y se ordene a las accionadas el pago de las incapacidades médicas relacionadas en el escrito de tutela.

VI. TRAMITE PROCESAL

Admitida la solicitud por el a-quo, Juzgado 22 Civil Municipal de Bogotá, dispuso notificar a las accionadas y vinculados, a quienes les solicitó rindieran informe respecto a los hechos aducidos por la peticionaria.

VII. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El A-quo Juzgado 22 Civil Municipal de Bogotá mediante proveído impugnado del 18 de agosto de 2022, (i) **CONCEDIO** el amparo deprecado y ordenó a FAMISANAR EPS cancelar las incapacidades generadas entre el 12 de abril y el 15 de mayo de 2022 (ii) ordenó a COLFONDOS AFP cancelar las incapacidades correspondiente al periodo del 15 de mayo al 11 de agosto de 2022 así como las que se generen con posterioridad y se encuentren entre el día 180 y 540 hasta que la accionante se reincorpore a la vida laboral o cuente con pérdida de capacidad laboral superior al 50%, sin perjuicio de la acción de repetición si a ello hubiere lugar.

VIII. IMPUGNACIÓN

Impugna el fallo de primer grado COLFONDOS AFP argumentando que por existir concepto médico con pronóstico desfavorable no procede el reconocimiento de incapacidades, que las incapacidades posteriores al día 540 corresponden a FAMISANAR EPS, que teniendo en cuenta la póliza suscrita entre COLFONDOS y SEGUROS BOLÍVAR la aseguradora debe asumir el pago de las incapacidades y delimitar el pago de las incapacidades desde el día 181 al día 540 derivadas de enfermedad común conforme a la normatividad.

IX. PROBLEMA JURIDICO

Atendiendo los argumentos de la impugnación y normatividad aplicable para el reconocimiento de los subsidios de incapacidades, corresponde a esta instancia constitucional determinar la entidad encargada de asumir el pago de las incapacidades que se han generado a la accionante y reclama mediante la presente acción y si la falta de pago vulnera los derechos de la accionante.

X. CONSIDERACIONES

1. La Acción de Tutela constituye un logro alcanzado por la colectividad con ocasión de la expedición de la Constitución Política de 1991, para frenar los desafueros de las autoridades cuando quiera que con hechos u omisiones comprometan los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La finalidad de esa acción es lograr que, a falta de vía judicial ordinaria, mediante un trámite preferente y sumario, el Juez ante quien se acuda dé una orden de actuar o abstenerse de hacerlo, tendiente a hacer cesar la vulneración o amenaza de violación denunciada.

El artículo 86 de nuestra Carta magna así lo consagra; También advierte su procedencia contra particulares encargados de la prestación de servicios públicos o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de indefensión o subordinación.

2. La Salud como derecho fundamental autónomo. El derecho a la salud se materializa con la prestación integral de los servicios y tecnologías que se requieran para garantizar la vida y la integridad física, psíquica y emocional de los ciudadanos. En ese orden de ideas, la Corte indicó que *"la sola negación o prestación incompleta de los servicios de salud es una violación del derecho fundamental, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela"* (sentencia T-760 de 2008.)

Tratándose del derecho a la salud de las personas que hacen parte del grupo de los sujetos de especial protección, los artículos 13, 44, 46 y 47 de la C.P., imponen los deberes de protección y garantía por parte de las autoridades y de los particulares en la atención de las enfermedades o alteraciones de salud que padezcan niños, adolescentes y personas de la tercera edad.

"La consagración normativa de la salud como derecho fundamental es el resultado de un proceso de reconocimiento progresivo impulsado por la Corte Constitucional y culminado con la expedición de la Ley 1751 de 2015, también conocida como Ley Estatutaria de Salud. El servicio público de salud, ubicado en la Constitución Política como derecho económico, social y cultural, ha venido siendo desarrollado por la jurisprudencia –con sustento en la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)– en diversos pronunciamientos. Estos fallos han delimitado y depurando el contenido del derecho, así como su ámbito de protección ante la justicia constitucional, lo que ha derivado en una postura uniforme que ha igualado el carácter fundamental de los derechos consagrados al interior de la Constitución." (T-171/18)

Acorde con nuestra jurisprudencia constitucional, el derecho a la salud se ha definido como: *"... la facultad del ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, física y mental. Tal derecho debe garantizarse en condiciones de dignidad por ser indispensable para el ejercicio de otros derechos también fundamentales."* (Sentencia T-120/17)

3. Acción de tutela frente a acreencias de orden laboral. Como lo ha reiterado la Corte Constitucional, compete a la jurisdicción ordinaria laboral resolver los asuntos relativos a la reclamación de acreencias de orden laboral, no obstante, dicha regla general encuentra su excepción en aquellos casos en los que, por los supuestos fácticos o por tratarse de personas que merecen un trato especial, la acción de tutela se presenta como el mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para proteger de manera inmediata derechos fundamentales que resultarían lesionados de no reconocerse o pagarse tales prestaciones, eficacia que no ofrece la acción ordinaria.

En consecuencia, ante la falta de pago de incapacidades médicas, siendo ellas una acreencia de naturaleza laboral, será procedente la acción de tutela para exigir su pago, en tanto con su ausencia se afecte el mínimo vital de una persona y el caso concreto exija de una protección urgente.

Lo anterior, en el entendido de que esta prestación constituye un factor determinante de estabilización de la situación económica del accionante en su

periodo de recuperación, durante el cual, no puede desarrollar labores que le permitan recibir un ingreso. Así dicha Corporación ha manifestado que:

"El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. No solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia". (Sentencia T-789/05)

En complemento de lo anterior, se presume "la afectación del mínimo vital de un trabajador cuando no recibe su salario y devenga un salario mínimo o cuando el salario es su única fuente de ingreso, constituyendo un elemento necesario para su subsistencia, al cubrir con ese dinero sus necesidades básicas, correspondiéndole a la E.P.S. o al empleador desvirtuar dicha presunción." (Sentencia T-247/06)

En lo atinente al pago de incapacidades por enfermedad o accidente de origen común, como es el caso que nos ocupa, la normatividad vigente sobre el tema estipula:

- Día 1 y 2 --- Corresponden al empleador (Decreto 2943/13)
- **Día 2 a 180** --- Corresponde a **la EPS** (Ley 100/93 art. 206). La EPS debe emitir el concepto de rehabilitación y remitirlo a la AFP antes del día 150 de incapacidad, si no se expide oportunamente la EPS será la encargada de cancelar las incapacidades después del día 181 y hasta que lo emita (Decreto Ley 19/12 art. 142).
- **Día 181 a 540** --- Con concepto de rehabilitación favorable **la AFP asume el pago de las incapacidades** hasta que se restablezca la salud o se dictamine la pérdida de capacidad laboral (Decreto 2463/01 art. 23)
- **Día 541 en adelante** --- **Corresponde a la EPS (artículo 67 de la Ley 1753/15).**

En este sentido uno de los beneficios de los afiliados al régimen contributivo es el subsidio en dinero en caso de incapacidad temporal derivada de enfermedad ocasionada por cualquier causa de origen no profesional (art. 28 Decreto reglamentario 806 de 1998).

XI. CASO CONCRETO

En el caso concreto, de acuerdo con lo manifestado por la tutelante en el libelo introductorio y de la documental obrante en el plenario se desprende que se encuentra afiliada en estado activo a FAMISANAR EPS en calidad de empleada de la empresa CONEVOLUCIÓN S.A.S., EPS que ha expedido las incapacidades que comprenden del 16 de noviembre de 2021 hasta el 11 de agosto de 2022 para un total de 264 días.

La tutelante señala que se encuentran pendientes de autorización y pago las causadas desde el 12 de abril de 2022 hasta el 11 de agosto de 2022.

COLFONDOS AFP argumentando que por existir concepto médico con pronóstico desfavorable no procede el reconocimiento de incapacidades, pero en subsidio y teniendo en cuenta la póliza suscrita entre COLFONDOS y SEGUROS BOLÍVAR la aseguradora deberá asumir el pago de las incapacidades que deberán delimitarse desde el día 181 al día 540 derivadas de enfermedad común conforme a la normatividad.

Los argumentos de la impugnación no son de recibo para el despacho aun cuando exista pronóstico desfavorable, pues las incapacidades no pueden suspenderse en la medida que el trabajador encuentra cubiertas sus necesidades económicas con el pago de las respectivas incapacidades, constituyendo éstas la fuente de sus ingresos hasta tanto se resuelva su reintegro o el reconocimiento efectivo de la pensión, correspondiendo cubrir a la EPS los primeros 180 días y a la AFP hasta por 360 días más, es decir, entre el día 181 y 540. Así mismo, en lo atinente a las incapacidades que se prolonguen por más de 540 días, la ley le atribuyó su pago a las EPS, esto, conforme a las normas que en párrafos atrás fueron traídos al caso.

Sobre este punto, la Corte en sentencia T-008/18 acotó:

"... el pago de esas incapacidades debe realizarse, incluso, después de que se realice el dictamen de pérdida de capacidad laboral, hasta que el médico tratante emita un concepto en el que se determine que la persona está en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%.

Así las cosas, el pago de incapacidades no puede suspenderse cuando se realiza el dictamen de pérdida de capacidad laboral, sino hasta el momento en que la persona pueda reintegrarse a su puesto de trabajo o en su defecto le sea reconocida pensión de invalidez." (Resaltado del despacho)

En otro pronunciamiento, el máximo tribunal constitucional expuso:

"la Sala entiende que, si bien se acreditó una pérdida de la capacidad laboral superior al 50 %, aún no se ha reconocido la pensión de invalidez por lo que no es posible dejar al trabajador asociado desprotegido respecto de las incapacidades que fueron emitidas por el médico tratante. En este orden de ideas, el trabajador asociado tiene derecho a que se le reconozcan y paguen las incapacidades desde el día 180 hasta la fecha de la estructuración de la enfermedad que le significó el estado de invalidez, a partir de la cual deberán determinarse las prestaciones aplicables en caso de que no se cumplan los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez." (Sentencia T-140/16)

Así las cosas, las incapacidades entran a sustituir el salario durante el tiempo que el trabajador ha permanecido retirado de sus labores; en este orden de ideas la petente se convierte en un sujeto de especial protección por parte del Estado, conforme lo establece el artículo 13 de la Constitución Política, "se protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta".

Es evidente que quien padece una enfermedad y a causa de ésta el médico tratante lo incapacita se encuentra en una situación de debilidad manifiesta que impone a las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral brindar al usuario una protección especial, ya que por disposición legal se les ha asignado esta responsabilidad a dichas entidades, razón por la que resulta improcedente en el trámite constitucional pretender trasladar dicha obligación a Seguros Bolívar como lo pide el impugnante, dado que el convenio suscrito entre ésta y la aseguradora entraña aspectos de carácter legal y contractual que resultan ajenos dirimir ante el juez constitucional, memórese, la acción de tutela es un medio de protección de derechos fundamentales y no de otra índole.

Igualmente y aun cuando en el plenario obran escritos del 23 de agosto de 2022 dirigidos por COLFONDOS AFP a la empresa empleadora CONEVOLUCION y a la accionante donde les informa que realizó el pago de las incapacidades por las vigencias entre el 15 de mayo y el 11 de agosto de 2022 en cumplimiento al fallo de tutela de primera instancia, lo cierto es que no se encuentra acreditado que en efecto ello hubiere acaecido ya que omitió aportar prueba alguna que permitiera establecer la efectividad de su dicho.

Finalmente, atendiendo las disposiciones legales vigentes frente al pago de incapacidades que fueren transcritas líneas atrás, habrá de modificarse el numeral 3º de la parte resolutive del fallo de primera instancia a efectos de indicar que a AFP COLFONDOS S.A. corresponde reconocer y pagar a la accionante las incapacidades por enfermedad de origen común que se generen a partir del día 181 inclusive y hasta el día 540, inclusive. (Decreto 2463/01 art. 23) y no desde el día 180 como lo dijo la primera instancia. En lo demás y por encontrarse ajustada a derecho, fuerza concluir que la decisión de primera instancia debe ser confirmada.

XII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO** de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la parte resolutive del fallo de fecha 18 de agosto de 2022 proferido por el Juzgado 22 Civil Municipal de Bogotá a efectos de indicar que a la **AFP COLFONDOS S.A.** corresponde reconocer y pagar a la accionante las incapacidades por enfermedad de origen común que se generen a partir del día 181 inclusive y hasta el día 540, inclusive. En lo demás se **CONFIRMAR** el fallo de tutela de primera instancia por lo expuesto en este proveído.

SEGUNDO: DISPONER se notifique esta decisión a las partes y al Juez de primera instancia por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: ORDENAR la remisión oportuna del expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión del fallo. **OFÍCIESE.** Por secretaría compártase el vínculo del expediente digital con el Juzgado de origen, el que deberá contener las actuaciones surtidas en ambas instancias, para lo de su competencia, con la advertencia de que este despacho remitirá a la Corte

Constitucional las piezas procesales exigidas por esa Corporación para una eventual revisión, y que de ser el caso proporcionará las demás que sean requeridas.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

WILSON PALOMO ENCISO
JUEZ

ET

Firmado Por:
Wilson Palomo Enciso
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 012
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: **772faa8da393cdf27d16b8e45fa5a5d3f89491a4ad56732f87367e8261bb5b59**

Documento generado en 28/09/2022 12:01:06 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>