



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO NOVENO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ
Carrera 10 No. 14-33 Piso 6°
cmpl09bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

RADICADO: 110014003009-2024-00167-00

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

Decreto 2591 de 1991 y Decreto 306 de 1992

Accionante: **JENNYFER CAROLINA SOCHE AMADOR**

Accionado: **ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES POSITIVA.**

Providencia: **FALLO**

I. ASUNTO POR TRATAR

Una vez agotado el trámite señalado en el Decreto 2591 de 1991, decide este Juzgado, la acción de tutela que, en protección de sus garantías constitucionales a través de apoderado judicial presentó **JENNYFER CAROLINA SOCHE AMADOR**, en contra de la **ARL POSITIVA** por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social.

II. PETICIÓN Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Como situación fáctica relevante, en síntesis, la accionante manifestó que tiene diagnóstico de falta de consolidación de fractura pseudo artriosis. Fracturas que afectan múltiples regiones de miembros inferiores. Fractura de otras partes del antebrazo y quistes foliculares de la piel y del tejido subcutáneo. Que esta incapacitada desde el 25 de noviembre de 2021 y en reiteradas ocasiones ha solicitado a la ARL Positiva las incapacidades del 10 de enero al 8 de febrero de 2023 y del 15 de marzo al 15 de abril del 2023, indicándosele que el pago le corresponde hacerlo a la EPS Famisanar que fue la que emitió las incapacidades

Resalta que desde que se encuentra incapacitada no se le ha sometido a junta regional que determine su grado de invalidez, lo que pone su estado de salud en una situación de indeterminación indefinida, por lo que pide que se le paguen las incapacidades del 10 de enero al 8 de febrero de 2023 y del 15 de marzo al 15 de abril del 2023 y se ordene a la ARL, o a la entidad que corresponda, someterla a una junta regional que determine su grado de invalidez.

III. ACTUACIÓN SURTIDA

1.- Recibida la presente acción constitucional a través de la oficina de reparto, por auto del 21 de febrero del año en curso, se dispuso su admisión, y la notificación de la accionada con el fin de que ejerciera su derecho de defensa. Así mismo se dispuso vincular a la **ADRES; A LA SUPERINTENDENCIA DE SALUD; EPS FAMISANAR SAS; INTERVENTORA DE FAMISANAR EPS SANDRA MILENA JARAMILLO AYALA; IPS GOLEMAN SERVICIO INTEGRAL SAS; IPS COLSUBSIDIO y ELECTROFISIATRÍA SAS.**

Además de lo anterior a través de auto del 27 de febrero de 2024 se ordenó vincular a la **FUNDACION SOLIDARIA CREER Y AFP PORVENIR S.A.**

2.- POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A, a través de Apoderado del Representante Legal de la entidad, en memorial visto a (pdf 19), manifestó que le corresponde a esa Administradora de Riesgos Laborales la atención asistencial, económica y administrativa de los eventos y/o patologías formalmente definidas de origen laboral, durante su rehabilitación y extendiéndose hasta el mantenimiento en óptimas condiciones de las secuelas que pudieran generarse.

Así mismo, indicó que las incapacidades fueron expedidas por diagnósticos que no se encuentran calificados de origen laboral por esa Compañía, contrario a ello en los mismos certificados se

encuentra relacionado que la causa externa de las mismas es por ENFERMEDAD GENERAL que NO TIENE EFECTOS DE INCAPACIDAD LABORAL, adicionalmente fueron expedidos por la EPS a la cual se encuentra afiliada la usuaria (FAMISANAR SA).

Destaca que las prestaciones a las que pueda tener derecho la accionante serán responsabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud representado en la Entidad Promotora de Salud – EPS– y en la Administradora de Fondo de Pensiones –AFP– a las cuales se encuentre afiliada respectivamente. Siendo estas las entidades encargadas de garantizar las prestaciones asistenciales por patologías de origen común.

Por lo expuesto en su informe, indicó que NO es la entidad legitimada para actuar y responder por la posible vulneración de derechos fundamentales de la accionante.

3.- EPS FAMISANAR SAS, a través de Director de Operaciones Comerciales de la entidad, en memorial visto a (pdf 18) refirió que la accionante no hizo ninguna solicitud a FAMISANAR EPS, que tampoco se encuentra desamparada de su mínimo vital ni demostró tal actuar, siendo cierto que dentro del caso sub examen no se evidencia que se haya trasgredido ningún derecho fundamental, y si el mismo no tuviese ningún recurso para subsistir o que su estado de salud es vulnerable, los mismos caen de su peso por no ser probados dentro del acervo probatorio.

En relación al concepto de rehabilitación o de pérdida de capacidad laboral, indicó que el área encargada refiere lo siguiente: “ Concepto de rehabilitación emitido el 31/07/2022 con pronóstico Desfavorable, notificado a AFP JNCI mediante N° Dictamen: 52914470 - 18965 del 23/09/2022 determinó Fracturas que afectan múltiples regiones de miembro (s) superior (es) con miembro (s) inferior (es) (Fractura del radio y fémur derecho) Origen: Accidente de trabajo Sin más procesos por medicina laboral”

4.- ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a través de Directora de Acciones Constitucionales, en memorial visto a (pdf 24) del expediente, puntualizó que las administradoras de fondos pensiones, con cargo a la póliza previsional, deben cancelar subsidio al afiliado que tenga una incapacidad superior a 180 días, hasta máximo 360 días adicionales, siempre y cuando existan incapacidades expedidas por la EPS y cuente con concepto favorable de rehabilitación. De no ser expedido el concepto por parte de la EPS, esta deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.

5.- IPS GOLEMAN SERVICIO INTEGRAL S.A.S, a través de representante legal en memorial visto a (pdf 20) del expediente dijo no constarle ninguno de los hechos de la acción de tutela y oponerse a todas y cada una de las peticiones toda vez que no se encuentra vulnerado ningún derecho fundamental, ya que a la fecha realizó las validaciones correspondientes encontrando que no ha existido vínculo alguno con la accionante.

6.- CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO, a través de apoderada en memorial visto a (pdf 23) del expediente manifestó que de acuerdo con la historia clínica de la accionante cuenta con antecedente correspondiente a Osteomielitis fémur.

Señaló además que el día 25 de noviembre de 2021 presento accidente de Tránsito, que generó fractura abierta de fémur derecho y fractura diafisaria del radio homolateral. Para la patología traumática le ofertó en red externa a la IPS manejo quirúrgico a través de múltiples intervenciones correspondientes a lavados y debridamientos del muslo, reconstrucción muscular.

Indicó que la paciente ha adelantado seguimiento ambulatorio en la IPS Colsubsidio a través del servicio de ortopedia, manifestando dolor persistente, por lo que han sido expedidas múltiples incapacidades. El caso fue presentado en junta quirúrgica, se ordenó seguimiento en institución de mayor nivel de complejidad con disponibilidad de infectología, e intervención para extracción de material de osteosíntesis, estabilización de la fractura.

Señaló que durante último seguimiento registrado por ortopedia el día 15 de marzo 2023, la paciente refirió mejoría del dolor en fémur derecho y requirió colocación de injertos. Se revisa estudio imagenológico que demostró fractura diafisaria consolidada. Se prescribió continuar Fisioterapia y seguimiento clínico especializado, siendo expedida incapacidad por 30 días a partir

del 15 de marzo 2023. Las consideraciones hechas documentan la asistencia especializada suministrada, para seguimiento clínico pertinente.

7.- SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, a través de su Subdirector Técnico (E), adscrito a la Subdirección de Defensa de la entidad, en memorial visto a (pdf 13) precisó que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a esa entidad, dado que los fundamentos fácticos esbozados por la parte accionante se encuentran a cargo de su aseguradora, quien deberá pronunciarse de fondo sobre la prestación de los servicios requeridos, por tal motivo resulta palmaria la falta de legitimación en la causa por parte de esta Entidad.

8.- ADRES, además de su exposición en informe visto a (pdf 14) del expediente propuso una falta de legitimación en la causa por pasiva, por la falta de conexión entre la parte demandada y la situación fáctica constitutiva del litigio; explicando que, quienes están obligados a concurrir a un proceso en calidad de demandados son aquellas personas que participaron realmente en los hechos que dieron lugar a la demanda.

Argumentó, además, que la legitimación en la causa por pasiva es entendida como la calidad que tiene una persona para formular o contradecir las pretensiones de la demanda, por cuanto es sujeto de la relación jurídica sustancial, por lo que para poder predicar esta calidad es necesario probar la existencia de dicha relación.

9.- FUNDACIÓN SOLIDARIA CREER, guardó silencio

IV PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde al Despacho determinar si en este caso la entidad accionada vulneró el derecho fundamental al mínimo vital de la accionante, por el hecho de no acreditar el pago de incapacidades médicas otorgadas por médico tratante.

V CONSIDERACIONES

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, el despacho considera pertinente señalar, que de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial mediante el cual *“Toda persona puede reclamar ante los jueces... la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”*.

A su vez el artículo 5 del decreto 2591 de 1991 establece que *“La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos constitucionales fundamentales”*. Del mismo modo, hace extensivo dicho mandato a los particulares, en los casos específicamente determinados en la ley.

De las normas citadas en precedencia, se desprende que la procedencia de la acción de tutela está sujeta a que se evidencie la vulneración o amenaza a un derecho fundamental, de tal manera que, quien acuda a esta en procura de obtener la protección inmediata de sus derechos fundamentales que considera conculcados, debe, como cuestión inicial, acreditar, siquiera sumariamente, el hecho vulnerador, es decir, la amenaza o afectación directa del bien jurídico susceptible de amparo.

VI CASO CONCRETO

La ciudadana **JENNYFER CAROLINA SOCHE AMADOR** presentó acción de tutela mediante la cual pretende que le sean pagadas por parte de la ARL POSITIVA, las incapacidades por enfermedad laboral que le autorizó el médico tratante, del 10 de enero al 8 de febrero de 2023 y del 15 de marzo al 15 de abril del 2023, toda vez que, pese a las reiteradas solicitudes no ha logrado que esta le cancele dichos emolumentos.

Manifiesta la accionante que desde el día 25 de noviembre de 2021 cuando presentó accidente de tránsito que le generó fractura abierta de fémur derecho y fractura diafisaria del radio homolatera le han generado incapacidades autorizadas por el médico tratante.

Tratándose de incapacidades de origen laboral el empleador tiene la obligación de seguir pagando

el salario al empleado, solo que esta vez dicho emolumento, es reemplazado por el valor de la incapacidad médica, lo que implica que estas tienen que ser pagadas por el empleador en el momento de liquidar la nómina, independientemente de que la EPS o ARL según el caso en ese momento ya las hubiere reconocido.

Al respecto el Decreto 019 de 2012, refiriéndose al trámite de reconocimiento de incapacidades y licencias de maternidad y paternidad, en el artículo 121 establece que: *“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. Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia”*.

De tal manera que con respecto a las incapacidades como las que nos ocupan en este asunto, la única obligación que tiene el empleado, es comunicar al empleador respecto de la existencia de una incapacidad y en adelante es responsabilidad de este, realizar todos los trámites que ameriten su reconocimiento. En ningún caso el empleador está legitimado para trasladarle esta obligación al empleado, tal como se desprende de la norma citada.

Luego, respecto del derecho que le asiste al empleador para solicitar el reembolso de las prestaciones económicas pagadas al trabajador, el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011 señala que: *“El derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de Salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador”*.

De tal manera que el empleador cuenta con tres (03) años para reclamar el reconocimiento de los pagos que haya hecho a sus trabajadores con ocasión, ya sea de incapacidades laborales o de licencias de maternidad.

Ahora bien, de la documental que obra en el expediente entre otras el DICTAMEN DE DETERMINACIÓN DE ORIGEN Y/O PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL Y OCUPACIONAL (pdf 13) se destaca que para la fecha del siniestro que sufrió la accionante, esta estaba vinculada laboralmente a la FUNDACION SOLIDARIA CREER, empleador este que en principio tiene la obligación legal de pagar las incapacidades autorizadas por el médico tratante.

Siendo esto así, para que la obligación del empleador nazca a la vida jurídica, es deber del afiliado informar a este sobre la expedición de las incapacidades o licencias autorizadas por médico tratante. No obstante, ni del escrito de demanda ni de la documental que se aportó con ella se encuentra que la accionante haya acatado este requisito, lo que supone que no sea exigible al empleador gestionar el reconocimiento de las incapacidades reclamadas por vía de tutela.

De otro lado, las incapacidades por las que se reclama su pago datan 10 de enero al 8 de febrero de 2023 y del 15 de marzo al 15 de abril del 2023 y esta acción de tutela fue radicada solo hasta el 20 de febrero de 2024, por lo que se presume que el no pago a tiempo de dichos emolumentos no constituye una amenaza o vulneración al mínimo vital de la accionante, pues de ser así hubiere accionado por esta vía dentro de un tiempo razonable atendiendo la inmediatez con la que fue instituida esta acción para garantizar los derechos fundamentales.

Aunado a lo anterior, del relato de los hechos del escrito de amparo, no se desprende que el pago por las incapacidades médicas sea su único sustento como para poder determinar de manera objetiva que el cumplimiento tardío de estas obligaciones pone en riesgo su mínimo vital, lo que encuentra sustento en la conducta de la demandante al accionar por esta vía 10 meses después de la última incapacidad que reclama, proceder este que no se compadece con la inmediatez con la que se debe reclamar la garantía los derechos fundamentales.

De otro lado, siendo la acción de tutela un mecanismo de protección constitucional de carácter residual, resulta esta procedente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para la garantía del derecho que reclama. Por el contrario, este procedimiento preferente y sumario es desacertado cuando el afectado disponiendo de medios de defensa judicial no hace uso de estos y toma la acción de tutela como mecanismo de defensa principal.

Corolario de lo anterior, la acción de tutela para el pago de las prestaciones económicas derivadas de incapacidades médicas tiene un procedimiento establecido por el legislador ante los jueces laborales y sin embargo con la acción de tutela no se acreditó haberlo agotado.

En relación con la petición de que se ordene a la entidad que corresponda para que le practique el dictamen de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional, es preciso indicar que dicho dictamen fue practicado y modificado en segunda instancia el 23/09/2022 por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez - Sala 2 quienes dictaminaron accidente de trabajo.

VII DECISIÓN

En virtud de lo anteriormente expuesto, el **JUZGADO NOVENO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción constitucional presentada por **JENNYFER CAROLINA SOCHE AMADOR**, identificada con la cédula de ciudadanía número 52914470, al no haberse acreditado el requisito de inmediatez y subsidiariedad.

SEGUNDO: Si esta decisión no fuera impugnada, envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO: NOTIFICAR por el medio más idóneo a las partes del contenido del fallo, librando para ello las comunicaciones de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUZ DARY HERNÁNDEZ GUAYAMBUCO
JUEZ