

REPUBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
JUZGADO DOCE CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD
Bogotá, D. C. Junio veinticinco (25) de dos mil
veintiuno (2021).**

No.110014003012-2021-00428-00

REF: ACCIÓN DE TUTELA

ACCIONANTE: MILTON JOAQUIN BOLIVAR FANDIÑO

ACCIONADO: FAMISANAR E. P. S. S. A. S., FONDO DE PENSIONES PORVENIR S. A., CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLOGICAS CLINICA SAN DIEGO CIOSAD S. A. S., CAFAM CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR y CLINICA DEL DOLOR Y CUIDADO PALIATIVO (VINCULADOS DE MANERA OFICIOSA).

1º PETICION

El señor MILTON JOAQUIN BOLIVAR FANDIÑO, obrando en nombre propio, instauró acción de tutela con el fin de que se le protejan sus derechos fundamentales a LA VIDA DIGNA, A LA SALUD, A LA SEGURIDAD SOCIAL, A LA IGUALDAD Y AL MINIMO VITAL, ordenándosele a la accionada RECONOCER Y PAGAR en favor del tutelante el valor total de las incapacidades prescritas a partir del 23 de Diciembre de 2020, día que se dejaron de pagar las mismas, hasta que dejen de ser emitidas las incapacidades de manera consecutiva de acuerdo con el diagnóstico que en ese momento se ha estado manejando. Así mismo para que los subsidios por incapacidad se paguen sobre el salario base que se está cotizando en el momento y no el de años anteriores como pretende hacerlo FAMISANAR EPS, siendo así, se haga RETROACTIVO EL PAGO COMPLETO de los subsidios por incapacidad a partir de Diciembre de 2019, cuando se empezó a cotizar sobre un nuevo valor, atendiendo el aumento en el costo de vida como lo es el pago de servicios, seguros y demás obligaciones que hacen necesario aumentar la cotización para evitar perder poder adquisitivo con la única entrada existente que tiene, como lo es el subsidio por incapacidad que *"sustituye el salario durante el tiempo en el que el trabajador se encuentra involuntariamente al margen de sus labores"*, al igual que evitar perder poder adquisitivo en la cotización a pensión que está realizando y es obligación de acuerdo a la ley. A la vez para que FAMISANAR EPS cumpla a tiempo con los pagos de los subsidios por incapacidad que se presenten a partir de la instauración de esta Tutela hacia el futuro, para evitar esperar más de 6 meses y quizá más tiempo gracias a la negligencia por parte de la EPS. Finalmente para que FAMISANAR EPS, como responsable de velar por su manutención en este momento de gran dificultad, se haga juicioso en los pagos de las incapacidades futuras, evitando esperas tan amplias en la digitalización, aprobación y consignación de dineros por el concepto de incapacidades, imponiéndose un plazo máximo para el pago de los subsidios venideros y así evitar que se esté recurriendo a la tutela constantemente como herramienta para obligar a la EPS a cumplir con sus obligaciones como prestador del servicio de SALUD.

2º HECHOS

Indica el accionante que a partir del 01 de Septiembre de 2016 se encuentra afiliado como independiente realizando las correspondientes cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud a FAMISANAR EPS y Pensión al fondo de pensiones PORVENIR S.A.

Informa que ha presentado incapacidades continuas desde el 02 de septiembre de 2016 por LINFOMA NO HODGKIN FOLICULAR, SIN OTRA ESPECIFICACIÓN, como diagnóstico principal.

Refiere que a partir del día 10 de abril de 2017, el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR inicia el pago de subsidio por las incapacidades de acuerdo con el fallo de tutela 2017-0148 radicada en el Juzgado 42 Penal Municipal con Función de Control de Garantías y su correspondiente anexo a incidente de desacato conocido por el mismo juzgado.

Comunica que el 17 de Abril de 2018 se realiza carta informando que a partir del 4 de abril del presente año el fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir ha completado el pago de incapacidades correspondientes a los 360 días que le correspondían de acuerdo con la referida tutela.

Dice que los pagos de los subsidios de las incapacidades han sido realizados desde el 08 de abril de 2018 hasta el 22 de diciembre de 2020 por parte de FAMISANAR EPS, manifestando que desde el mes de Enero de 2021 empezó a realizar aportes de Salud y Pensión al sistema general de seguridad social teniendo como ingreso base de cotización (IBC) \$4.225.000.

Menciona que desde Diciembre de 2020 la EPS Famisanar ha suspendido de manera injustificada el pago de las incapacidades generadas a partir del 21 de Enero de 2021, constatándose así que hasta el momento se ha dejado de realizar el pago de los auxilios por incapacidad de forma completa durante 19 meses y por diferentes montos, incumpliendo con las obligaciones económicas que la EPS tiene para con él.

Informa que a partir de la incapacidad emitida el 21 de Diciembre de 2020 y hasta la fecha, FAMISANAR EPS ha negado el pago de los subsidios por incapacidad indicando que se encuentran radicadas, pero sin realizar ningún tipo de operación y evaluación sobre ellas. Aún la EPS no entrega por escrito ningún tipo de documento como lo es el certificado de consignación cuando se sabe que es una obligación por parte de ellos, causándole graves inconvenientes con el cumplimiento de sus obligaciones, violando sus derechos fundamentales a LA VIDA DIGNA, A LA SALUD, A LA SEGURIDAD SOCIAL, A LA IGUALDAD Y AL MINIMO VITAL.

Indica que es necesario tener en cuenta que además de la falta de cumplimiento en el pago de las últimas incapacidades, FAMISANAR EPS siempre se está tardando más de 3 meses en las consignaciones de los subsidios por incapacidad, lo cual le está generando problemas en el cumplimiento de sus obligaciones financieras además de problemas con su manutención diaria, como quiera que depende económicamente del pago del auxilio de incapacidad y que está probado que lamentablemente no puede laborar por su condición médica, además que no cuenta con otro tipo de ingresos, por ende el incumplimiento injustificado por parte de FAMISANAR EPS a

proceder conforme a la ley lo señala que atenta directamente sobre su integridad y su actual condición de vulnerabilidad.

Refiere que se debe revisar que desde la incapacidad iniciada el 29 de noviembre de 2019 hasta la última incapacidad radicada en mayo de 2021, FAMISANAR EPS se ha encargado de realizar los pagos de los subsidios de incapacidad de forma INCOMPLETA, de acuerdo al IBC correspondiente al mes que se está realizando la consignación, lo cual le está generando problemas en el cumplimiento de sus obligaciones financieras.

Aduce que se puede observar que la entidad encargada de reconocer y pagar las incapacidades que superan los 540 días de incapacidad continua -situación en la que se encuentra-, es de FAMISANAR EPS como accionado, refiriendo que tiene derecho a que se efectúe el reconocimiento y pago de las incapacidades a cargo de la EPS, que superaron los 540 días, máxime cuando no puede laborar, como lo certifican los documentos que acreditan su estado de incapacidad y no cuenta con otro medio para asegurar su congrua subsistencia.

3º TRAMITE

Mediante auto de fecha 15 de Junio último, se admitió a trámite la solicitud, se tuvo en cuenta las pruebas documentales aportadas y se comunicó al demandado la iniciación de la presente acción para que ejerciera su derecho de defensa. Así mismo, se dispuso la VINCULACION OFICIOSA del **FONDO DE PENSIONES PORVENIR S. A., CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLOGICAS CLINICA SAN DIEGO CIOSAD S. A. S., CAFAM CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR y CLINICA DEL DOLOR Y CUIDADO PALIATIVO.**

Así mismo se ordenó oficiar al JUZGADO PENAL MUNICIPAL CON FUNCION DE CONTROL DE GARANTIAS de esta ciudad para que allegara copias de la solicitud de amparo y del fallo proferido al interior de la acción de tutela radicada bajo el No.2017-000148.

El vinculado de manera oficiosa, CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLOGICAS CLINICA SAN DIEGO CIOSAD S. A. S., en su respuesta informó de todas y cada una de las incapacidades médicas expedidas por el médico tratante del tutelante, perteneciente a esa institución y a partir del 28 de Junio de 2019 al 22 de Junio de 2021.

Solicitan ser desvinculados de la presente acción constitucional como quiera que conforme a los vínculos contractuales que los unen con FAMISANAR E. P. S., no han vulnerado bajo ninguna circunstancia los derechos fundamentales del tutelante, ni tampoco se ha impedido su derecho de acceso a los servicios de salud, demostrando por el contrario una conducta diligente y proactiva conforme a su diagnóstico.

Por otra parte, la igualmente vinculada de oficio PORVENIR S. A., en su respuesta indicó que desde la Ley 1753 del 09 de junio de 2015, por medio de la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, se estableció que el pago de incapacidades superiores al día 540, no recae en los Fondos de Pensiones, sino a cargo de las Entidades Promotoras de Salud EPS quienes administran los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y dentro de dichos recursos se encuentra incluida la cancelación de este rubro.

Informa que como se observa de la citada norma, el Legislador atribuyó la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores a los 540

días a las EPS, quienes podrán 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, así lo ratificó la Corte Constitucional mediante Sentencia T -144 de 2016. En este sentido, a través de la Sentencia T-144 de 2016, se reconoce la obligación de las EPS frente al pago de las incapacidades posteriores al día 540, dando aplicación retroactiva del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, basada principalmente en el principio de igualdad material ante un déficit de protección previamente advertido por la Corte Constitucional. A su vez señala que si bien se impone una carga administrativa en cabeza de las EPS, no son ellas quienes al final van a asumir la obligación, pues es en últimas el Estado, en cabeza de la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, quien les pagará a éstas los dineros cancelados por dicho concepto.

Indica que finalmente se dio la expedición del Decreto 1333 de 2018, por medio del cual fija definitivamente la situación jurídica para todas aquellas incapacidades por medio de la cual se superen los 540 días, para lo mismo en el capítulo II en su artículo 2.2.3.3.1, especifica dicha carga ante la EPS.

Concluye que ante el vacío legal existente frente a las incapacidades posteriores al día 540, el Legislador promulgó la Ley 1753 de 2015, otorgando ya no a las Administradoras de Fondo de Pensiones quienes respondían en virtud al desarrollo constitucional, sino a las Entidades Promotoras de Salud la responsabilidad de pago de las incapacidades médicas que superen los 540 días continuos.

Solicitan tener en cuenta el comunicado del Ministerio de Salud en relación a la reglamentación de las incapacidades posteriores al día 540, donde el Ministerio admite que son las EPS las que deben pagar las incapacidades posteriores al día 540; incluso el Ministerio ya está girando los recursos para ello así: "previniendo la consolidación de las incapacidades posteriores al día 540, se concluyó un porcentaje adicional en el valor de la UPC (0.35%) para garantizar el reconocimiento y pago de las incapacidades por enfermedad general posteriores a 540 días."

Informa que la Compañía de Seguros de Vida ALFA S.A., con la cual esa Administradora tiene contratado el seguro de invalidez y sobrevivencia que cubre a sus afiliados, calificó el origen y la Pérdida de Capacidad Laboral (PCL) del afiliado, determinando un porcentaje de Pérdida de Capacidad Laboral del 41.10%. Por lo anterior, la Pérdida de Capacidad Laboral del afiliado ya fue calificada con un porcentaje inferior al 50 %, por lo que no es procedente el reconocimiento por parte de esa Administradora del pago de incapacidades, lo que corresponde es el reintegro laboral en las condiciones que señale la EPS.

Solicitan denegar o declarar improcedente la pretendida acción de tutela respecto de PORVENIR S.A., pues la misma es ajena a cualquier vulneración o amenaza de los derechos fundamentales citados por el accionante y en su lugar ordenar a la EPS del accionante realizar el pago de todas las incapacidades expedidas con posterioridad al día 540 de incapacidad continua, de conformidad con lo estipulado en la Ley 1753 de 2015.

Por su parte la accionada FAMISANAR E. P. S., en su derecho de defensa alegó la afectación del mínimo vital y el principio de inmediatez, la improcedencia de acción de tutela por carencia de perjuicio irremediable y ausencia de violación a un derecho fundamental.

Aduce que ante la evidencia de ausencia de vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno, la entidad ha cumplido con sus obligaciones dentro de los parámetros que reglamentan la prestación de servicios de salud y el pago de incapacidades. Por lo cual, las pretensiones planteadas por la accionante no están llamadas a prosperar en este proceso y como tal solicitan que se declare la IMPROCEDENCIA de la acción de tutela.

Finalmente, los vinculados de manera oficiosa **CAFAM CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR y CLINICA DEL DOLOR Y CUIDADO PALIATIVO**, no respondieron la comunicación que se les envió, razón por la cual se dará aplicación a la presunción de veracidad prevista en el art.20 del Decreto 2591 de 1991.

Por su parte el JUZGADO 42 PENAL MUNICIPAL CON FUNCION DE CONTROL DE GARANTIAS de esta ciudad, allegó las copias de la sentencia dictada en la acción de tutela radicada bajo el No.2017-00148.

4º CONSIDERACIONES

La acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución Nacional y reglamentada en el Decreto 2591 de 1.991, se encuentra consagrada para que toda persona por sí misma, o por quien actúe en su nombre, pueda reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o un particular.

Este mecanismo de orden residual, solamente encuentra procedencia cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, por lo que, se pone al descubierto que la intención y espíritu del constituyente fue la de introducir una figura alterna o paralela a los juicios y a los procedimientos que constituyen vía común para hacer valer los derechos cuya función se encuentra genéricamente asignada a la administración de justicia y garantizada por la Carta Política.

Es necesario, por tanto, destacar como reiteradamente lo ha expuesto la Corte Constitucional, que tanto en la norma constitucional, como en su desarrollo legislativo, el ejercicio de la citada acción está condicionado, entre otras razones, por la presentación ante el juez de una situación concreta y específica de violación o amenaza de los derechos fundamentales, cuya autoría debe ser atribuida a cualquier autoridad pública o, en ciertos eventos definidos por la ley, a sujetos particulares. Además el peticionario debe tener un interés jurídico y pedir su protección también específica, siempre en ausencia de otro medio especial de protección o excepcionalmente, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En otro orden de ideas, y ocupándonos del asunto sub judice, se ha instaurado la presente acción de tutela con el fin de que se le ordene a la accionada RECONOCER Y PAGAR en favor del tutelante el valor total de las incapacidades prescritas a partir del 23 de Diciembre de 2020, día que se dejaron de pagar las mismas, hasta que dejen de ser emitidas las incapacidades de manera consecutiva de acuerdo con el diagnóstico que en ese momento se ha estado manejando. Así mismo para que los subsidios por incapacidad se paguen sobre el salario base que se está cotizando en el momento y no el de años anteriores como pretende hacerlo FAMISANAR EPS, siendo así, se haga RETROACTIVO

EL PAGO COMPLETO de los subsidios por incapacidad a partir de Diciembre de 2019, cuando se empezó a cotizar sobre un nuevo valor, atendiendo el aumento en el costo de vida como lo es el pago de servicios, seguros y demás obligaciones que hacen necesario aumentar la cotización para evitar perder poder adquisitivo con la única entrada existente que tiene, como lo es el subsidio por incapacidad que *"sustituye el salario durante el tiempo en el que el trabajador se encuentra involuntariamente al margen de sus labores"*, al igual que evitar perder poder adquisitivo en la cotización a pensión que está realizando y es obligación de acuerdo a la ley. A la vez para que FAMISANAR EPS cumpla a tiempo con los pagos de los subsidios por incapacidad que se presenten a partir de la instauración de esta Tutela hacia el futuro, para evitar esperar más de 6 meses y quizá más tiempo gracias a la negligencia por parte de la EPS. Finalmente para que FAMISANAR EPS, como responsable de velar por su manutención en este momento de gran dificultad, se haga juicioso en los pagos de las incapacidades futuras, evitando esperas tan amplias en la digitalización, aprobación y consignación de dineros por el concepto de incapacidades, imponiéndose un plazo máximo para el pago de los subsidios venideros y así evitar que se esté recurriendo a la tutela constantemente como herramienta para obligar a la EPS a cumplir con sus obligaciones como prestador del servicio de SALUD.

Acerca del pago de incapacidades médicas ha manifestado nuestra H. Corte Constitucional en sentencia T -161 de 2019, siendo Magistrada Ponente la Dra. CRISTINA PARDO SHLESINGER, lo siguiente:

"3.2.4 Ahora bien, respecto al reconocimiento y pago de derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral, como los auxilios por incapacidad, esta Corporación ha señalado que, en principio, no procede la acción tutela. Ello, por cuanto el conocimiento de ese tipo de solicitudes implica la valoración de aspectos legales y probatorios que muchas veces desborda las competencias del juez constitucional.

En efecto, el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, fijó en cabeza de la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de la seguridad social, la competencia para resolver *"las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con los contratos"*.

Por su parte, la Ley 1438 de 2011 en el literal g de su artículo 126 prevé un trámite administrativo ante la Superintendencia Nacional de Salud, donde se establece, dentro de las funciones jurisdiccionales que tiene dicho órgano de control, *"conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador"*.

3.2.5 No obstante lo anterior, en lo que se relaciona específicamente con el reconocimiento de incapacidades, este Tribunal ha reconocido la procedencia de la acción de tutela, por considerar que el no pago de dicha prestación económica desconoce no sólo un derecho de índole laboral, sino también, supone la vulneración de otros derechos fundamentales habida cuenta de que en muchos casos, dicho ingreso constituye la única fuente de subsistencia para una persona y su núcleo familiar, siendo el amparo constitucional el medio más idóneo y eficaz para lograr una protección real e inmediata. En palabras de la Corte:

"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".

3.2.6 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.

Sobre esa base, la jurisprudencia en la materia ha reiterado que "los mecanismos ordinarios instituidos para [reclamar el pago del auxilio por incapacidad], 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.

3.2.7 (...)

3.2.10 Con fundamento en lo expuesto, considera la Sala que mediante la presente acción de tutela se busca evitar la consumación de un perjuicio irremediable que se materializa en la amenaza grave e inminente sobre el mínimo vital del peticionario, la cual requiere de medidas urgentes e impostergables para evitar su configuración. En consecuencia, se concluye que la presente acción de tutela satisface el requisito de subsidiariedad, pues pese a la existencia de otros mecanismos judiciales para ventilar las pretensiones del actor, los mismos no resultan idóneos ni eficaces para su situación particular.

(...)

4. Problema jurídico

(...).

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, la Sala se referirá a los siguientes puntos: (i) El pago de incapacidades laborales como sustituto del salario. Reiteración de jurisprudencia; (ii) El marco normativo y jurisprudencial en relación con el pago de incapacidades superiores a 180 días y 540 días. Reiteración de jurisprudencia, para finalmente, (iii) abordar el estudio del caso concreto.

5. El pago de incapacidades laborales es un sustituto del salario. Reiteración de jurisprudencia

El Sistema General de Seguridad Social establece la protección a la que tienen derecho aquellos trabajadores que, en razón a la ocurrencia de un accidente laboral o una enfermedad de origen común, se encuentran incapacitados para desarrollar sus actividades laborales y, en consecuencia, están imposibilitados para proveerse sustento a través de un ingreso económico. Dicha protección se materializa mediante

diferentes figuras tales como: el pago de las incapacidades laborales, seguros, auxilio y pensión de invalidez contempladas todas estas, en la Ley 100 de 1993, Decreto 1049 de 1999, Decreto 2943 de 2013, la Ley 692 de 2005, entre otras disposiciones.

Las referidas medidas de protección buscan reconocer la importancia que tiene el salario de los trabajadores en la salvaguarda de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. Así lo ha sostenido esta Corporación al referirse particularmente a la incapacidades, estableciendo que el procedimiento para el pago de las mismas se han creado "(...) en aras de garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, cuando sea el caso. Tal hecho permite concluir que el Sistema de Seguridad Social está concebido como un engranaje en el cual se establece que ante una eventual contingencia exista una respuesta apropiada".

Bajo esa línea, la Corte mediante sentencia T-490 de 2015 fijó unas reglas en la materia, señalando que:

"i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, 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; 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."

En consecuencia, durante los periodos en los cuales un trabajador no se encuentra en condiciones de salud adecuadas para realizar las labores que le permitan devengar el pago de su salario, el reconocimiento de incapacidades constituye como una garantía de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. De allí, que la Corte reconozca que sin dicha prestación, se presume la vulneración de los derechos en mención.

6. Marco normativo y jurisprudencial en relación con el pago de incapacidades superiores a 180 días y 540 días. Reiteración de jurisprudencia.

Conforme fue expuesto en precedencia, el Sistema General de Seguridad Social contempla, a través de diferentes disposiciones legales, la protección a la que tienen derecho los trabajadores que, con ocasión a una contingencia originada por un accidente o una enfermedad común, se vean limitados en su capacidad laboral para el cumplimiento de las funciones asignadas y la consecuente obtención de un salario que les permita una subsistencia digna.

Respecto de la falta de capacidad laboral. La Corte ha distinguido tres tipos de incapacidades a saber : (i) **temporal**, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; (ii) **permanente parcial**, cuando se presenta un disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y (iii) **permanente (o invalidez)**, cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%. Sobre el particular, la propia jurisprudencia ha precisado que las referidas incapacidades pueden ser de origen *laboral o común*, aspecto que resulta particularmente relevante para efectos de determinar sobre quién recae la responsabilidad del pago de las mismas, como se explicará a continuación.

6.1 De las incapacidades por enfermedad de origen laboral

En cuanto a las incapacidades por enfermedad de origen laboral, el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013 dispone que las Administradoras de Riesgos Laborales -ARL- serán las encargadas de asumir el pago de aquellas incapacidades generadas con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico.

El pago lo surtirá la ARL correspondiente "(...) hasta que: (i) la persona quede integralmente rehabilitada y, por tanto, reincorporada al trabajo; (ii) se le califique su estado de incapacidad parcial permanente y en este caso se indemnice; o (iii) en el peor de los casos se califique la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%, adquiriendo el derecho a la pensión de invalidez"

6.1 De las incapacidades por enfermedad de origen común

Respecto del pago de las incapacidades que se generen por enfermedad de origen común, es preciso empezar por señalar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, el tiempo de duración de la incapacidad es un factor determinante para establecer la denominación en la remuneración que el trabajador percibirá durante ese lapso. Así, cuando se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma se reconocerá el pago de un **auxilio económico** y cuando se trata del día 181 en adelante se estará frente al pago de un **subsidio de incapacidad**.

Ahora bien, en lo correspondiente a la obligación del pago de incapacidades la misma se encuentra distribuida de la siguiente manera:

- i. Entre el día **1** y **2** será el empleador el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013.
- ii. 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 1º del Decreto 2943 de 2013.
- 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 de la Ley 962 de 2005 para

postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.

No obstante, existe una excepción a la regla anterior que se concreta en el hecho de que el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

Así las cosas, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se expuso en precedencia.

(...)

Sobre el particular, cabe indicar que través de la aludida providencia T-200 de 2017 se sintetizó el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común de la siguiente manera:

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	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

Así las cosas del estudio de la presente acción tutelar se tiene que el tutelante ha estado incapacitado por mas de 540 días y que actualmente se encuentra incapacitado por lo que lleva más de éste número de días incapacitado, por lo que de conformidad con el anterior extracto de jurisprudencia se concluye que a quien le corresponde realizar el pago de las incapacidades aquí reclamadas es a FAMISANAR E. P. S., razón por la que se concederá el amparo tutelar invocado, ordenándosele para que en el término de cinco (5) días, si aún no lo han hecho, procedan a cancelarle al tutelante las incapacidades médicas desde el 23 de Diciembre de 2020 a la fecha y las que se le continúen generando, denegándose la acción de amparo en contra de las demás accionadas y vinculadas de manera oficiosa.

Ahora bien, y en lo referente al pago del RETROACTIVO COMPLETO de los subsidios por incapacidad a partir de Diciembre de 2019, cuando se empezó a cotizar sobre un nuevo valor, ésta pretensión tutelar será denegada por presentarse la falta del requisito de inmediatez, pues obsérvese que se está pidiendo el pago del mismo desde el mes de Diciembre de 2019, esto es, desde hace 18 meses, omitiéndose así con este requisito.

En lo referente al requisito de inmediatez, nuestro máximo organismo rector en materia constitucional, en Sentencia T-675 de 2006, siendo ponente la H. Magistrada Dra. Clara Inés Vargas Hernandez, ha manifestado:

“3. El principio de inmediatez. Requisito *sine qua non* de procedibilidad de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte Constitucional ha insistido en muchos pronunciamientos sobre la importancia del presupuesto de la inmediatez como requisito de procedibilidad de la acción de tutela. Conforme a éste, se ha establecido, la acción debe ser interpuesta dentro de un plazo razonable y oportuno con el fin de evitar que se emplee como herramienta que premia la desidia, negligencia o indiferencia de los actores o, peor aún, se convierta en un factor de inseguridad jurídica.

Para empezar debemos resaltar que este atributo ha sido considerado como característica propia del mecanismo de protección reforzada de los derechos fundamentales. Sobre el particular, en la sentencia C-543 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, expresó:

“(...) la Corte ha señalado que dos de las características esenciales de esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano son la subsidiariedad y la inmediatez: (...) la segunda, puesto que la acción de tutela ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza. Luego no es propio de la acción de tutela el sentido de medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales” (subrayado fuera de texto original).

Posteriormente, en la sentencia SU-961 de 1999, el pleno de la Corte advirtió que la inexistencia de un término de caducidad no implica de manera alguna que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. Para el efecto consideró:

“la razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros. Si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción. En jurisprudencia reiterada, la Corte ha determinado que la acción de tutela se caracteriza por su ‘inmediatez’. (...) Si el elemento de la inmediatez es consustancial a la protección que la acción brinda a los derechos de los ciudadanos, ello implica que debe ejercerse de conformidad con tal naturaleza. Esta condiciona su ejercicio a través de un deber correlativo: la interposición oportuna y justa de la acción”.

(...)

“Si la inactividad del accionante para ejercer las acciones ordinarias, cuando éstas proveen una protección eficaz, impide que se conceda la acción de tutela, del mismo modo, es necesario aceptar que la inactividad

para interponer esta última acción durante un término prudencial, debe llevar a que no se conceda. En el caso en que sea la tutela y no otro medio de defensa el que se ha dejado de interponer a tiempo, también es aplicable el principio establecido en la Sentencia arriba mencionada (C-543/92), según el cual la falta de ejercicio oportuno de los medios que la ley ofrece para el reconocimiento de sus derechos no puede alegarse para beneficio propio, máxime en los casos en que existen derechos de terceros involucrados en la decisión”.

En el mismo derrotero, en una decisión más reciente, se abordó el tema indicando que la estructura sustancial del amparo y el procedimiento sumario en el que se tramita, son incompatibles con la posibilidad de interponer la acción transcurridos varios años del acaecimiento del hecho dañoso. La jurisprudencia desarrolló esta tesis bajo los siguientes términos:

“Por una parte, si la acción de tutela pudiera interponerse varios años después de ocurrido el agravio a los derechos fundamentales, carecería de sentido la regulación que el constituyente hizo de ella. De esa regulación se infiere que el suministro del amparo constitucional está ligado al principio de inmediatez, es decir, al transcurso de un prudencial lapso temporal entre la acción u omisión lesiva de los derechos y la interposición del mecanismo de protección. Nótese que el constituyente, para evitar dilaciones que prolonguen la vulneración de los derechos invocados y para propiciar una protección tan inmediata como el ejercicio de la acción, permite que se interponga directamente por el afectado, es decir, sin necesidad de otorgar poder a un profesional del derecho; orienta el mecanismo al suministro de protección inmediata; sujeta su trámite a un procedimiento preferente y sumario; dispone que la decisión se tome en el preclusivo término de diez días; ordena que el fallo que se emita es de inmediato cumplimiento y, cuando se dispone de otro medio de defensa judicial, permite su ejercicio con carácter transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

“De acuerdo con ello, el constituyente asume que la acción de tutela configura un mecanismo urgente de protección y lo regula como tal. De allí que choque con esa índole establecida por el constituyente, el proceder de quien sólo acude a la acción de tutela varios meses, y aún años, después de acaecida la conducta a la que imputa la vulneración de sus derechos. Quien así procede, no puede pretender ampararse en un instrumento normativo de trámite sumario y hacerlo con miras a la protección inmediata de una injerencia a sus derechos fundamentales que data de varios años”.

“Conforme a lo anterior hay que concluir que no se ha establecido *a priori* el plazo razonable a partir del cual se pueda establecer la oportuna interposición del amparo. Más bien hay que destacar que son las circunstancias del caso concreto las que determinan si el término es apropiado. Para el efecto, se deben tener en cuenta algunos factores útiles para definir tal razonabilidad, los cuales se sintetizan en: (i) una justificación relevante sobre la inactividad y (ii) el análisis sobre la posible vulneración de los derechos de terceros si se accediera a conceder el amparo”.

De otra parte, del fallo de la acción de tutela enviado por el JUZGADO 42 PENAL MUNICIPAL CON FUNCION DE CONTROL DE GARANTIAS, se pudo observar que el mismo ordenó al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR el pago de las incapacidades al accionante desde el día 180

hasta el día 540 de incapacidad, por lo que al interior del asunto bajo examen se evidencia que no se presenta la figura de la tutela temeraria.

No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta lo informado y solicitado por la accionada FAMISANAR E. P. S., en la parte resolutive de la presente decisión se conminará al tutelante para que efectúe todas las gestiones pertinentes para que sea tramitada y reconocida la pensión de invalidez dado el porcentaje de pérdida de capacidad laboral con la que fue valorado por parte de esta E.P.S. de más del 50%.

El Despacho advierte a las partes al interior de la presente acción de amparo que para efectos de no vulnerar los derechos de defensa y del debido proceso que les asisten y que a raíz de la pandemia del Coronavirus o Covid 19, que como es de conocimiento público viene afectando a la población mundial - incluida Colombia- y con los fines de impugnar la decisión que aquí se tome y demás aspectos atinentes a la acción tutelar, pueden hacerlo a través del correo electrónico cmpl12bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

En mérito de lo expuesto, EL JUZGADO DOCE CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD DE BOGOTÁ D. C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL MÍNIMO VITAL, VIDA DIGNA Y SEGURIDAD SOCIAL, del accionante **MILTON JOAQUIN BOLIVAR FANDIÑO**, por las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, ORDENAR a FAMISANAR E.P.S., para que, si aún no lo han hecho, dentro de los CINCO (5) días siguientes a la notificación de este fallo por la vía más expedita, **proceda al pago de las incapacidades medicas de MILTON JOAQUIN BOLIVAR FANDIÑO, desde el 23 de Diciembre de 2020 al 22 de Junio de 2021**, así como las que se causen en adelante hasta tanto se certifique por los médicos tratantes que la enfermedad de la que fue diagnosticado Linfoma sin más especificaciones sea superada y pueda retornar a su sitio de trabajo, o pueda adquirir una pensión por invalidez acogándose a la ley 1753 del 2015.

TERCERO: DENEGAR el pago del RETROACTIVO COMPLETO de los subsidios por incapacidad a partir de Diciembre de 2019, por lo expuesto en los considerandos de la presente decisión.

RELIEVASE a FAMISANAR E. P. S. que la impugnación del fallo no suspende el cumplimiento de la presente determinación.

CUARTO: Prevenir a FAMISANAR E. P. S. para que en adelante se abstenga de incurrir en conductas como las aquí planteadas como quiera que con ellas se está vulnerando los derechos fundamentales de las personas.

QUINTO: DENEGAR la acción tutelar en contra de FONDO DE PENSIONES PORVENIR S. A., CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLOGICAS CLINICA SAN DIEGO CIOSAD S. A. S., CAFAM CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR y CLINICA DEL DOLOR Y CUIDADO PALIATIVO (vinculados de manera oficiosa).

SEXTO: CONMINAR al accionante **MILTON JOAQUIN BOLIVAR FANDIÑO**, para que **PROCEDA A EFECTUAR**, ante su fondo de pensiones, todas las gestiones pertinentes para que le sea tramitada y reconocida la pensión de invalidez, dado el porcentaje de pérdida de capacidad laboral con la que fue valorado por parte de FAMISANAR E. P.S., de más del 50%.

SEPTIMO: ORDENAR NOTIFICAR esta providencia a las partes en la forma más expedita, relievándoles el derecho que les asiste de impugnar la presente decisión dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, si no estuvieren de acuerdo con lo aquí decidido, a través del correo electrónico cmpl12bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

OCTAVO: Sí este fallo no fuere impugnado, transcurrido el término respectivo y en la oportunidad de que da cuenta el inciso segundo del Art.31 ejusdem, ENVÍESE EL EXPEDIENTE A LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA SU EVENTUAL REVISION, PREVIA LAS CONSTANCIAS RESPECTIVAS.

NOVENO: Proceda la secretaría a incluir la presente providencia en el Portal Web de la Rama Judicial – Estados Electrónicos-.

CUMPLASE,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke extending to the right.

FRANCISCO ÁLVAREZ CORTÉS
Juez