

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO SESENTA Y CUATRO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.,

(Juzgado Cuarenta y Seis de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple Transitorio)

-Acuerdo PCSJA18-11127-

Bogotá D.C., dos (02) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Acción de Tutela N° 11001400642022-0056500 de Diana Carolina Baratto Lemus en contra de EPS FAMISANAR S.A.S. y el Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

ASUNTO

Surtido el trámite de rigor, procede el Despacho a resolver la acción de la referencia, instaurada por la presunta violación de los derechos fundamentales de Diana Carolina Baratto Lemus, por parte de la accionada.

I. ANTECEDENTES

La petición y los hechos

Manifiesta en el escrito de amparo la señora Diana Carolina Baratto Lemus, que el 22 de noviembre de 2021, la EPS Famisanar emitió concepto de rehabilitación favorable a su favor, por lo que inició el proceso ante el Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. con el fin de dar continuidad al pago de las incapacidades médicas que venía cubriendo la EPS Famisanar, pero Porvenir negó dicha solicitud en virtud a que no existía registro de incapacidades médicas entre el 10 de abril al 10 de mayo y del 11 de mayo al 9 de junio de 2021, por lo que el 30 de noviembre de 2021, elevó derecho de petición ante la EPS Famisanar y ante la Superintendencia de Salud, solicitando la actualización de sus incapacidades, a lo que la EPS en respuesta del 14 de febrero de 2022, señaló haber subsanado dicha falencia, además de haber emitido concepto de rehabilitación, sin embargo el Porvenir señala que no ha sido posible localizar la documentación y por ende no se demuestra el concepto favorable.

Añade que la última incapacidad que le pago la EPS Famisanar es de octubre de 2021 y se encuentran pendientes de pago las de noviembre, diciembre de 2021, enero, febrero y marzo de 2022, pues ninguna de las accionadas han asumido el pago a la fecha de dichas incapacidades.

II. DERECHOS VIOLADOS Y PETICIÓN

Indico la promotor del amparo, que la conducta de las accionadas, vulnera los derechos fundamentales a la Seguridad Social integral, dignidad humana, Salud, vida y mínimo vital por lo que solicita al despacho ORDENAR a la EPS Famisanar, que presente los soportes del envío del informe de rehabilitación favorable al Fondo de Pensiones Protección o en su defecto que adelante los trámites administrativos para que Protección reciba los documentos y como consecuencia Porvenir, autorice el pago de las incapacidades

médicas adeudadas y se continúe con el pago de las que sean ordenadas por los médicos tratantes.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante proveído calendado veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022), se admitió la acción de la referencia, solicitando a la accionada que en el improrrogable término de un (1) día, contado a partir del recibo de la comunicación, se pronuncie sobre los hechos en lo que se soporta la presente acción y anexe la documentación pertinente, para la pronta y adecuada resolución de la tutela; igualmente se ordenó vincular a la Superintendencia de Salud, a fin de que se manifieste a cercar de los hechos relacionados en el escrito de tutela.

En atención al requerimiento del juzgado:

- **La Superintendencia Nacional de Salud** a través del subdirector Técnico, adscrito a la Subdirección de Defensa Jurídica, manifestó que se procedió a consulta en la página web de la ADRES, en donde se advierte que la usuaria, registra afiliación ante EPS FAMISANAR S.A.S., a la fecha, lo que permite corroborar la inexistencia del nexo causal por parte de La Superintendencia Nacional De Salud entre el hecho y la violación de derecho, luego la Superintendencia, NO es la responsable de la presunta vulneración a los derechos fundamentales alegados por la aquí accionante, pues es la Entidad Administradora del Plan de Beneficios en Salud (EAPB), quien se encuentra legitimada en la causa para pronunciarse respecto a lo pretendido por la parte accionante, pues la Super solamente puede actuar en ejercicio de las facultades que le han sido asignadas por la ley, esto es la Inspección, Vigilancia y Control, para efectuar las averiguaciones con el fin de sancionar los incumplimientos de éstas, mediante el agotamiento de un proceso administrativo.

Añade que la tutela no sería el mecanismo adecuado para solicitar el pago de prestaciones laborales como el auxilio económico y el subsidio de incapacidad, en tanto es la jurisdicción laboral la competente para dirimir las controversias relacionadas 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.

- **LA EPS FAMISANAR SAS.**, a través de Directora de Gestión del Riesgo Poblacional señalo que se procedió a establecer el estado de prestación de servicios con el área responsable de la Entidad, quienes con base en la historia clínica del paciente indican:

“(...) Usuaría cuenta con CRH FAVORABLE emitido el pasado 22/11/2021 por los diagnósticos OTRAS ENFERMEDADES ESPECIALIZADAS DE LAS VIAS BILIARES, FISTULA DEL INTESTINO comparto notificación realizada a usuario y AFP protección. (...)”

Que teniendo en cuenta lo anterior, el concepto médico para remisión a administradora de fondo de pensiones (AFP) fue emitido el día 22 de noviembre de 2021 y notificado vía email a recepciondocumental@proteccion.com.co el día 22 de noviembre de 2021, indicando con ello que FAMISANAR EPS, emitió concepto de rehabilitación y notifico al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección dentro de los términos señalados por la ley, por lo que considera que por parte de la EPS no se ha vulnerado derecho fundamental alguna a la accionante.

-La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., a través de su representante legal judicial manifestó que a la fecha no ha recibido por parte de la EPS a la que se encuentre afiliada la accionante, concepto de rehabilitación alguno, pues para asumir el pago de incapacidades conforme lo señala el art. 142 del Decreto Ley 019 de 2012, el afiliado debe contar con concepto de rehabilitación favorable y haber cumplido el día 180 de incapacidad continua.

Señala que las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, 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”; luego el pago de las incapacidades de la accionante en este momento está en cabeza de la EPS de la accionante y seguirá estando en cabeza de esa EPS hasta el día 180 de incapacidad continua y remisión del concepto FAVORABLE de rehabilitación; en caso de que las incapacidades sobrepasen el día 540 la entidad encargada de pagar el subsidio es la EPS y esta obligación va hasta que el afiliado se recupere de su incapacidad.

IV. CONSIDERACIONES

LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela, prevista por el artículo 86 de la Constitución Política es un mecanismo procesal específico y directo, cuyo objeto consiste en la efectiva protección concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales en una determinada situación jurídica, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública, o de un particular en las situaciones y bajo las condiciones determinadas específicamente en el Decreto 2591 de 1991. La finalidad última de esta acción constitucional es lograr que el Estado, a través de un pronunciamiento judicial, restablezca el derecho fundamental conculcado o impida que la amenaza que sobre él se cierne se configure.

Dentro de las características esenciales de esta acción se encuentran la subsidiariedad y la inmediatez, la primera, refiere a que tan solo resulta procedente instaurarla en subsidio o a falta de instrumento constitucional o legal diferente, susceptible de ser alegado ante los Jueces; esto es, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial para su defensa, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable; la segunda a que la acción de tutela debe tratarse como mecanismo de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de la violación o amenaza.

PROCEDENCIA DE LA TUTELA PARA EL PAGO DE INCAPACIDADES, SI AFECTA EL MINIMO VITAL

La Corte Constitucional ha reiterado que la acción de tutela es procedente para pagar incapacidades, cuando se afecta el mínimo vital o se configura un perjuicio irremediable, en sentencia del pasado 15 de marzo, publicada recientemente, la Corte recordó la presunción de que las incapacidades son la única fuente de ingreso del trabajador, para garantizar su subsistencia y la de su familia.

Por su parte 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^[71], Decreto 1049 de 1999, Decreto 2943 de 2013^[72], la Ley 692 de 2005, entre otras disposiciones. (negrilla fuera del texto)

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 la Corte al referirse particularmente a la incapacidad, estableciendo que los procedimientos 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.

Ahora bien, específicamente con el reconocimiento de incapacidades, la H. Corte 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”

Además, 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; por lo que considera que mediante la 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, la cual requiere de medidas urgentes e impostergables para evitar su configuración.

Ahora bien, de otro lado es necesario reseñar que las administradoras de Riesgos Profesionales o ARL (Antiguamente ARP) son entidades legalmente constituidas contratadas obligatoriamente por la empresa, según el Sistema General de Riesgos Profesionales, encargadas de prevenir, proteger y atender a los trabajadores contra todo riesgo profesional que puede haber en un ambiente laboral, es decir, contra todo tipo de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (ATEP).

Entre los objetivos de la ARL tenemos:

- Establecer las actividades de promoción y prevención que mejoren las condiciones de trabajo y salud de los trabajadores, protegiéndola contra los ATEP derivados de la actividad laboral realizada diariamente y las condiciones de trabajo donde se efectúan que pueden provocar riesgos a la salud de los empleados en los lugares de trabajo tales como los físicos, químicos, biológicos, ergonómicos, psicosociales, de saneamiento y de seguridad.
- Fijar las prestaciones económicas y de atención a los trabajadores por incapacidad temporal en caso de ocurrencia de un ATEP.
- Reconocer y pagar a los afiliados las prestaciones económicas por incapacidad permanente, que se deriven de las contingencias de ATEP y muerte de origen profesional.
- (...)

Conforme lo establecido en el Decreto 2943 de 2013 establece que el reconocimiento económico de incapacidades es pagado por el empleador, sea público o privado, por los dos primeros días de la incapacidad cuyo origen sea enfermedad general; después del tercer día de incapacidad y hasta completar 180 días, la responsabilidad de pago por dicho concepto le corresponde a la Entidad Promotora de Salud (EPS) a la cual esté afiliado y de acuerdo al Decreto 2463 de 2001, en el caso que la incapacidad supere los 180 días y hasta 360 días, será la Administradora de Fondos de Pensiones la que se responsabilice del pago por dicho concepto.

EL CASO EN CONCRETO

Con la presente acción constitucional, pretende la señora DIANA CAROLINA BARATTO LEMUS se le proteja la presunta vulneración o amenaza del derecho a la salud, seguridad social, a la vida y a la dignidad humana, los cuales señala han sido vulnerador por parte de la EPS FAMISANAR S.A.S. y el Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. toda vez que con ocasión a sus patologías se encuentra incapacitada por lo que dichas incapacidades médicas las venía cubriendo la EPS Famisanar, empero las incapacidades médicas entre el 10 de abril al 10 de mayo y del 11 de mayo al 9 de junio de 2021, no las han cancelado, por lo que a través de derecho de petición requirió a Famisanar quien le informo que el 22 de noviembre de 2021, la EPS había emitido concepto de rehabilitación favorable a su favor, por lo que la accionante inició el proceso ante el Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. con el fin de dar continuidad al pago de sus incapacidades, pero señala que Porvenir negó dicha solicitud en virtud a que no existía registro del concepto por parte de la EPS, sin embargo y ante tal falencia la EPS Famisanar el 14 de febrero de 2022, señaló haber subsanado dicha falencia, y haber emitido concepto de rehabilitación, sin embargo el Porvenir le informa que no ha sido posible localizar la documentación donde se demuestre el concepto favorable, por ello no ha tramitado el pago de las incapacidades reclamadas.

Revisada la actuación y los anexos, entre ellos las incapacidades otorgadas por los galenos tratantes de la accionante, pues no hay duda de su reclamación, pues también se anexo al escrito de tutela el concepto de rehabilitación expedido por la EPS Famisanar, (**Concepto médico para remisión a administradora de fondo de pensiones**), en donde se vislumbra que las incapacidades dadas a la accionante datan desde el 02 de febrero de 2017 hasta el 04 de febrero de 2022, adicional a ello tenemos la respuesta dada por parte de la EPS Famisanar a esta acción de tutela, donde señala enfáticamente que dicho concepto fue remitido al Fondo de Pensiones, sin embargo también en respuesta a esta acción constitucional La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., señaló que a la fecha no ha recibido por parte de la EPS a la que se encuentre afiliada la accionante, concepto de rehabilitación alguno y que para asumir el pago de incapacidades conforme lo señala la ley, el afiliado debe contar con concepto de rehabilitación favorable y haber cumplido el día 180 de incapacidad continua.

Ahora bien, visto lo anterior es necesario reiterar que la incapacidad es un derecho de los trabajadores, teniendo en cuenta que con ese pago se garantiza el mínimo vital a la salud, dignidad y vida del mismo trabajador inhabilitado física o mentalmente, puesto que se encuentra limitado de una u otra forma para ejercer su oficio, y se debe permitir que este reciba el ingreso necesario para satisfacer sus necesidades básicas, más aun cuando es la misma accionante quien manifiesta que precisamente por su delicado estado de salud no le es posible realizar ninguna actividad laboral o comercial que le permita tener ingresos para sostener un mínimo vital ni para ella ni para su núcleo familiar, puesto que es la única

fuelle de ingreso, por ello considera esta sede judicial amparar los derechos vulnerados y por ende ordenara a la EPS Famisanar, que dentro de las 24 horas siguientes la notificación de esta providencia, remita al Fondo de Pensiones Protección el informe de rehabilitación favorable de la señora Diana Carolina Baratto Lemus y adelante los trámites administrativos para que el Fondo de Pensiones Protección reciba los documentos y como consecuencia el Fondo de Pensiones Protección, autorice el pago de las incapacidades médicas adeudadas y se continúe con el pago de las que a futuro sean ordenadas por los médicos tratantes, conforme lo dispone la Ley 1753 del 2015, el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Sesenta y Cuatro Civil Municipal de Bogotá D.C., (Juzgado 46 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple Transitorio)**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la Seguridad Social integral, dignidad humana, Salud, vida y mínimo vital, invocados por Diana Carolina Baratto Lemus, conforme las razones esbozadas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la EPS Famisanar, que dentro de las 24 horas siguientes a la notificación de esta providencia, remita al Fondo de Pensiones Protección el informe de rehabilitación favorable de la señora Diana Carolina Baratto Lemus y adelante los trámites administrativos para que el Fondo de Pensiones Protección reciba los documentos y como consecuencia el Fondo de Pensiones Protección, autorice el pago de las incapacidades médicas adeudadas y se continúe con el pago de las que a futuro sean ordenadas por los médicos tratantes, conforme lo dispone la Ley 1753 del 2015, el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común.

TERCERO: Notifíquese esta providencia a las partes por el medio más expedito conforme prevé el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

CUARTO: En la oportunidad legal correspondiente, por secretaria envíese el expediente a la ilustrada Corte Constitucional para su eventual revisión, en los términos del artículo 31 del decreto 2591 de 1991, en caso de no ser impugnada.

NOTIFIQUESE,

LILIAM MARGARITA MOUTHON CASTRO

JUEZ

Firmado Por:

Liliam Margarita Mouthon Castro

Juez

Juzgado Municipal

Civil 064

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:

7142333dc6219526f3a6ef15afccb4ac2c9e7ce96ab2cc3af31f7f4010d1494b

Documento generado en 02/05/2022 02:47:35 PM

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