



Bogotá D.C., 20 de abril de 2022

-REF.: Acción de Tutela N° 2022-00224 de RAÚL GUILLERMO VANEGAS BARACALDO contra FAMISANAR EPS

SENTENCIA

Corresponde a este Despacho resolver en primera instancia la Acción de Tutela promovida por Raúl Guillermo Vanegas Baracaldo contra Famisanar EPS por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales de la salud, vida y mínimo vital.

ANTECEDENTES

1. Hechos de la demanda

EL accionante señaló que padece de *"SINDROME DE MANGUITO ROTADOR BILATERAL, DISCOPATIA EN L2, L3, L4, Y L5, ARTROSIS GENERALIZADA, TRASTORNOS DE ANSIEDAD, TUNEL DE CARPO BILATERAL, LIMITACION EN LA MARCHA"*.

Sostuvo que la EPS Famisanar ha generado en su favor incapacidades medicas de manera ininterrumpida por más de 2.500 días desde octubre de 2016 hasta la fecha de interposición de esta acción de tutela.

Afirmó que el 10 de enero de 2017 inició tramite de calificación de perdida de la capacidad laboral a través del cual la Junta Nacional de Calificación de Invalidez le dictaminó una pérdida de la capacidad laboral del 39,55%.

Adujo que si bien la EPS Famisanar venía cumpliendo con el pago de las incapacidades posteriores al día 540, hasta hace aproximadamente dos meses se ha venido sustrayendo de su obligación, omisión que, en su criterio, desacata una sentencia de tutela de 15 de enero de 2018, proferida por el Juzgado 3° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, a través de la cual le ordenó el pago de las incapacidades hoy peticionadas.

Indicó que la accionada profirió en su favor un concepto de rehabilitación desfavorable que da cuenta de su impedimento para desempeñar cualquier tipo de actividad laboral

2. Objeto de la Tutela

De acuerdo con lo anterior, el accionante solicita que, a través de la presente acción, se protejan sus derechos fundamentales de la salud, vida y mínimo vital, en consecuencia, pide ordenar a EPS Famisanar pague las incapacidades posteriores al día 540 generadas desde el 15 de febrero hasta el 30 de marzo de 2022, así mismo, que mantenga vigente su estado de incapacidad médica para laborar.

TRÁMITE DE INSTANCIA

La presente acción fue admitida por auto del 30 de marzo de 2022, a través del cual ordenó la vinculación de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones y a la Empresa de



Transportes Urbanos Samper Mendoza Buses Blancos S.A y, dispuso librar comunicaciones a la accionada y vinculadas con el fin de ponerles en conocimiento el escrito de tutela y se les solicitó suministrar información pertinente.

Informes recibidos

La **Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones** señaló que realizó el pago de las incapacidades causadas entre el día 181 y el 540 en cumplimiento de un fallo de tutela proferido el 15 de enero de 2018 por el Juzgado 3° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, modificado por el 26 de enero de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior del de Bogotá.

Adujo que las incapacidades pretendidas por el accionante son posteriores al día 540, por lo que su pago se encuentra en cabeza de la EPS Famisanar.

Solicitó negar la acción en su contra y ordenar su desvinculación, toda vez que las pretensiones del accionante se refieren a prestaciones que no son de su competencia.

La **EPS Famisanar** adujo que las incapacidades objeto de la acción de tutela fueron liquidadas y serian canceladas el próximo 4 de abril de 2022.

Señaló que la eventual vulneración del derecho fundamental al mínimo vital del actor es responsabilidad exclusiva de la empresa Transportes Urbanos Samper Mendoza Buses Blancos S.A, quien de conformidad con la normatividad vigente le corresponde como empleador cancelar las licencias e incapacidades en los periodos de pago de nómina de sus trabajadores.

Solicitó negar la acción en su contra toda vez que no ha vulnerado los derechos fundamentales objeto de esta acción.

La **Empresa de Transportes Urbanos Samper Mendoza Buses Blancos S.A** sostuvo que el 24 de junio de 2008 suscribió un contrato de trabajo con el señor Vanegas, quien desde el 2016 y hasta la fecha ha estado incapacitado de manera ininterrumpida.

Afirmó que en cumplimiento de un fallo de tutela proferido por el Juzgado 3° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá la EPS Famisanar venía realizando el pago de las incapacidades posteriores al día 540; no obstante, por motivos que desconoce a partir del 15 de febrero de 2022 la EPS suspendió el pago.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la constitución política de Colombia, norma que la establece como un mecanismo jurídico sumario y que permite brindar a cualquier persona, sin mayores requisitos de orden formal, la protección específica e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuando le son vulnerados o están en amenaza debido a la acción o la omisión de una autoridad o de un particular.

Sin embargo, para que prospere la acción constitucional se debe demostrar la vulneración de los preceptos fundamentales que se consideran conculcados y en algunos casos, también la causación de un perjuicio irremediable, para que el juez de tutela concrete su garantía, pues únicamente



cuando sea indubitable su amenaza o vulneración resulta viable por esta vía ordenar el reconocimiento de una situación que puede llegar a ser dirimida por otro medio de defensa judicial (C.C., T – 471 de 2017).

Procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de Incapacidades médicas.

En relación con la procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de incapacidades médicas que se generan en ejecución de un contrato de trabajo, contrato de prestación de servicios o alguna otra actividad independiente, es oportuno señalar que aun cuando estas reclamaciones no pueden ser ventiladas por esta vía excepcional, toda vez que existe el trámite procesal correspondiente al proceso ordinario ante el juez laboral, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que este mecanismo puede ser procedente en la medida en que tales pagos constituyen un medio de subsistencia de la persona que como consecuencia de una afectación en su estado de salud, se ha visto reducida en su capacidad de procurarse por sus propios medios los recursos para su subsistencia y la de su familia, por lo que a partir de allí puede garantizarse no solo su derecho a la salud, sino su mínimo vital.

En otras palabras, como el pago de incapacidades médicas sustituye al salario o la remuneración mensual durante el tiempo en que un trabajador permanece retirado de sus actividades económicas por enfermedad debidamente certificada, estas se convierten no solo en una garantía para el estado de salud de esta persona, quien puede recuperarse satisfactoriamente como lo exige la dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales, sino que se convierten en el sustento económico propio y el de su familia (C. C., T-140 de 2016 y T-200 y T-401 de 2017). De allí que, cuando existe una negación del pago de incapacidades o una dilación o demora injustificada en sus pagos, lo más probable es que como se afecta gravemente la condición económica de un trabajador, sea dependiente o independiente, la acción de tutela sea el mecanismo más adecuado para obtenerlas y, por lo tanto, lo que sigue es que se estudie de fondo de la controversia, a fin de determinar la vulneración invocada.

Reconocimiento y pago de incapacidades de origen común, su marco legal y jurisprudencial (SENTENCIAS T-401 DE 2017 y T-246 DE 2018)

Antes de exponer el marco normativo que regula las incapacidades de origen común, es importante distinguir tres conceptos: El **certificado de incapacidad temporal**, el cual resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, es decir que surge de *“un acto médico (...) independiente del trámite administrativo del reconocimiento de la prestación económica”* y, por tanto, en su emisión *“el criterio médico prevalece para definir el número de días de incapacidad recomendada”*. Éste genera durante los primeros 180 días un **auxilio económico** a cargo de la EPS, que desde el día 181 se sustituye por un **subsidio de incapacidad** equivalente al auxilio, pero asumido por el Fondo de Pensiones al que se haya afiliado el trabajador.

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



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

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

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

Artículo 121. TRÁMITE DE RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES Y LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Respecto de las incapacidades que persisten y superan el día 181, se han suscitado debates en cuanto a la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios generados y a la exigibilidad de los mismos, en tanto se ha asumido que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, en virtud del Decreto 2463 de 2001. Sobre la responsabilidad del pago, la Corte Constitucional ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador¹, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.

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

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

Caso concreto

En el presente caso, pretende el accionante el amparo de sus derechos fundamentales a la salud, vida y mínimo vital, en consecuencia, pide ordenar a EPS Famisanar pagar las incapacidades posteriores al día 540 generadas desde el 15 de febrero hasta el 30 de marzo de 2022, así mismo, que mantenga vigente su estado de incapacidad médica para laborar.

Teniendo en cuenta que el accionante solicita más de una pretensión, el Despacho las resolverá de manera independiente.



Sobre el pago de incapacidades

Para sustentar sus pedimentos, aportó los certificados de incapacidad¹ posteriores al día 540 generados por la EPS Famisanar, desde el 15 de febrero hasta el 30 de marzo de 2022.

Así mismo, allegó dictamen de pérdida de la capacidad laboral² proferido el 30 de agosto de 2017 por la Junta Nacional de Invalidez a través del cual se calificaron como enfermedades de origen común las patologías de "síndrome de manguito rotador, secuelas de fractura del brazo, otros trastornos de ansiedad especificados y otras degeneraciones específicas de tipo internacional".

Finalmente, allegó el concepto de rehabilitación desfavorable³ de 13 de noviembre de 2020 proferido por la EPS Famisanar.

Por otra parte, el Despacho teniendo en cuenta que el accionante y los vinculados advirtieron la existencia de una sentencia proferida en el marco de la acción de tutela No. 11001-31-87-003-2017-01221-00 por el Juzgado 3° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá y modificada en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que ordenó el pago de incapacidades en favor del señor Raúl Guillermo Vanegas Baracaldo, requirió a estas autoridades judiciales para que remitieran las decisiones proferidas en dicho trámite, a efectos de establecer el alcance de las mismas.

En efecto, estas decisiones fueron aportadas por las sedes judiciales indicadas, en cuya parte resolutive señalan:

- Fallo de tutela proferido en primera instancia el 15 de enero de 2018 por el Juzgado 3° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá:

TERCERO: ORDENAR a la **EPS FAMISANAR LTDA**, por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces que, dentro de los ocho días hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia y si aun no lo ha hecho, pague al señor RAUL GUILLERMO VANEGAS BARACALDO el subsidio por incapacidad correspondiente, desde el día 541 y hasta que el actor se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50% según lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

- Fallo de tutela proferido en segunda instancia el 26 de febrero de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá:

SEGUNDO: Aclarar el numeral tercero de la decisión en el sentido que **FAMISANAR EPS**, deberá asumir el pago de las incapacidades generadas desde el 1° de agosto de 2017 hasta el 5 de enero de 2018, que corresponden a las N°0005591758, 0005580400, 0005610754, 0005720443, 0005720443, 0005759522, Y 0005822426.

Cabe resaltar que, en caso de que se expidan mas incapacidades, el pago de las mismas deberá ser asumido por la EPS, en aplicación al mandato legal contenido en el art 67 de la Ley 1735 de

¹ Archivo 1 Folios 26 a 33

² Archivo 1 Folios 16 a 24

³ Archivo 1 Folios 14 a 15



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

2015. Dicha Responsabilidad se extiende hasta el momento en que el accionante se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una nueva pérdida de la capacidad laboral superior al 50%

De las ordenes impartidas se detecta que en el fallo de segunda instancia la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá dispuso en favor del señor Raúl Guillermo Vanegas Baracaldo, aquí accionante, el pago de los subsidios derivados de las incapacidades generadas con posterioridad al 5 de enero de 2018 y hasta el momento que el paciente se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o cuando se determine una nueva pérdida de la capacidad laboral superior al 50%; orden que fijó en cabeza de la EPS Famisanar y que comprende el objeto del actual instrumento constitucional, que no es otro que obtener el pago de las incapacidades correspondientes a periodos posteriores al 5 de enero de 2018, como se desprende de los hechos narrados en el libelo de tutela y las pretensiones del accionante.

Es claro que la queja del actor ya había sido abordada por el Juzgado 3° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá y por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá al aclarar en sede de impugnación el alcance de la protección constitucional, pues la extendió no solo a los específicos subsidios de incapacidad reclamados en esa oportunidad, sino hasta que el actor se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una nueva pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, eventos que no han acaecido hasta la fecha.

Nótese que el accionante en el libelo introductorio advierte que la EPS Famisanar en su sentir ha incumplido lo dispuesto en las providencias proferidas en el marco de la acción de tutela No. 11001-31-87-003-2017-01221-00, toda vez que desde febrero de 2022 no le ha realizado el pago de incapacidades, es decir, es consiente que existe una orden previa que acusa de incumplida; no obstante, de manera inapropiada o por desconocimiento del procedimiento a seguir opta por acudir a una nueva acción de tutela para lograr el pago de periodos de incapacidad previamente objeto de amparo en el referido fallo.

Debe resaltar el Despacho que ante la comprobada existencia de una decisión de protección constitucional que cubre la inconformidad del actor, es la verificación de cumplimiento de la sentencia proferida el 26 de febrero de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá a través de la petición de incidente de desacato, el escenario judicial idóneo y eficaz para resolver las pretensiones del peticionario, lo que impide acceder a las pretensiones de esta acción de tutela. Cuyo trámite se encuentra previsto en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991 donde se describe puntualmente el mecanismo para vigilar el acatamiento del fallo de tutela que en caso de no satisfacerse puede dar lugar a una sanción por desacato, que se reitera es el procedimiento que debe activar el promotor, además, al encontrarse ya definida la situación no es respetuoso de la seguridad jurídica ni de la cosa juzgada emitir un segundo pronunciamiento de fondo sobre un mismo tema.

Al respecto se ha indicado por la Corte Constitucional en Sentencia T-226 de 2016, en un caso de similares contornos lo siguiente:

El trámite de verificación del cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012 es el escenario judicial idóneo y eficaz para resolver las pretensiones del peticionario. La acción de tutela es improcedente.

El carácter subsidiario y residual que el artículo 86 de la Carta Política le atribuyó a la acción de tutela limita su procedibilidad formal a dos hipótesis concretas: una en la que el interesado no cuenta con



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

otro mecanismo judicial para obtener la protección de sus derechos fundamentales y otra en la que los medios de defensa disponibles no resultan idóneos ni efectivos para obtener el amparo pretendido (...)

La tutela, pues, aspira a que se cumpla la Sentencia T-376 de 2012 (...)

Si dicha decisión se ajustó a las órdenes impartidas por la Sentencia T-376 de 2012 y si condujo o no al restablecimiento del derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad de La Boquilla son cuestiones que, en principio, deberían ser dirimidas por la autoridad judicial encargada de velar por el cumplimiento de la sentencia, en ejercicio de los amplios poderes que el Decreto 2591 de 1991 le confirió para el efecto. La intervención de otro juez constitucional en la definición del alcance de la protección que concedió la Sala Primera de Revisión podría, en cambio, resultar contraproducente, en tanto conduciría a revivir una controversia que ya definió la administración de justicia, y cuya solución goza ya de los efectos de la cosa juzgada

Bajo los anteriores derroteros el Despacho negará el amparo ante la posibilidad de que el accionante persiga el cumplimiento de la sentencia proferida por el Juzgado 3° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá y la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá en el escenario de la verificación de cumplimiento o el incidente de desacato.

Sobre el la orden de mantener vigente el estado de incapacidad del accionante

Respecto de esta pretensión el Despacho no evidencia violación a los derechos fundamentales del actor, pues, desde los hechos por el planteados y las pruebas arrimadas al plenario se advierte que se han expedido sucesivas incapacidades hasta la fecha de la interposición de la tutela, por lo que, resulta contraevidente esta pretensión.

A más de que la determinación de la situación de incapacidad del actor depende de su evolución médica y del criterio que sobre el particular tenga el galeno tratante que es el llamado a primar, es decir, escapa de la órbita del juez de tutela.

En todo caso el juez de tutela no puede anteponerse al concepto médico o impartir una orden más allá de la óptica jurídica del caso que invada una órbita reservada para los profesionales de la salud quienes en el marco de la situación medica del paciente son los llamados a valorar la continuidad o no de la incapacidad, de ahí que se negará esta pretensión.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la acción de tutela instaurada por **Raúl Guillermo Vanegas Baracaldo** identificado con c.c. 79.347.180 en contra de **Famisanar EPS** acorde con lo aquí considerado

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: PUBLICAR esta providencia en la página de la Rama Judicial e informar a las partes sobre la forma de consultar la misma.



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

CUARTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada por la parte interesada dentro de los 3 días hábiles siguientes a su notificación y de acuerdo con lo dispuesto en la parte motiva de la decisión.

Notifíquese y Cúmplase,

La Juez,

LORENA ALEXANDRA BAYONA CORREDOR

Firmado Por:

Lorena Alexandra Bayona Corredor
Juez Municipal
Juzgado Pequeñas Causas
Laborales 3
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:

17d6a1a4d5dc83a99cd9bfbb8d1689ee8d9fd2161d29f051e6148bbf9ff6892a

Documento generado en 20/04/2022 04:27:22 PM

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