



Bogotá D.C., 25 de junio de 2021

REF.: Acción de Tutela N° 2021-00295 de LILIA MILENA RODRÍGUEZ TÉLLEZ contra FAMISANAR EPS.

SENTENCIA

Corresponde a este Despacho resolver en primera instancia la Acción de Tutela promovida por **Lilia Milena Rodríguez Téllez** contra **Famisanar EPS** por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social, la salud, el mínimo vital, la dignidad humana y la igualdad.

ANTECEDENTES

1. Hechos de la demanda

Señaló que se encuentra incapacitada, motivo por el cual la EPS Famisanar le pagó las incapacidades desde el primer día hasta el 180 y que desde el día 181 hasta el 540 fueron pagadas por Protección S.A.

Sostuvo que, el 13 de noviembre de 2020 solicitó ante Famisanar EPS el pago de las incapacidades generadas desde el 1° de agosto de 2019 hasta el 20 de noviembre de 2020, por ser incapacidades posteriores al día 540, pero que a la fecha las mismas no han sido pagadas.

Manifestó que Famisanar EPS se sustrae de la obligación de reconocer el pago de las incapacidades médicas bajo el argumento de que existe una pérdida de la capacidad laboral del 63,64% por lo que se debe tramitar la pensión de invalidez ante el Fondo de Pensiones.

Reseñó que, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca emitió dictamen de pérdida de la capacidad laboral el 9 de septiembre de 2020 arrojando una pérdida del 63.64% con fecha de estructuración del 3 de diciembre de 2019, pero que ante dicha calificación, la AFP Protección presentó recurso de reposición y apelación por lo que la Junta Regional remitió el expediente a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Por otro lado, indicó que el 29 de noviembre de 2020 la EPS realizó el dictamen de pérdida de la capacidad laboral el cual determinó un porcentaje de pérdida del 72,80%, mismo que fue presentado ante Colpensiones el 18 de febrero de 2021 con la finalidad de obtener la pensión de vejez, pero que a la fecha la misma no ha sido reconocida.

Finalmente, manifestó que desde el 2 de agosto de 2019 no percibe ingreso económico alguno, puesto que su salario o auxilio de incapacidad es el único ingreso que genera y con el que cuenta para solventar sus necesidades básicas y las de su hogar.

2. Objeto de la Tutela

De acuerdo con lo anterior, la accionante solicita que, a través de la presente acción, se protejan sus derechos fundamentales a la seguridad social, la salud, el mínimo vital, la dignidad humana y la igualdad y, en consecuencia, ordenar a Famisanar EPS reconocer y pagar las incapacidades generadas desde el 2 de agosto de 2019 y hasta la fecha.



TRÁMITE DE INSTANCIA

La presente acción fue admitida por auto del 11 de junio de 2021, a través del cual se libraron comunicaciones a la accionada y vinculadas con el fin de ponerles en conocimiento el escrito de tutela y se les solicitó suministrar la información referente a la accionante.

Informes recibidos

Famisanar EPS indicó que la accionante cuenta con 1.212 días de incapacidad, del 10 de julio de 2013 al 4 de diciembre de 2020; que presentó incapacidad continua desde el 14 de octubre de 2017 al 4 de diciembre de 2020, cumpliendo los 180 días el 24 de abril de 2018 y el 540 el 19 de abril de 2019 y que se emitió concepto favorable de rehabilitación el 1° de febrero de 2018.

Señaló que las incapacidades que solicita la accionante son post 540, que canceló el pago de las incapacidades pues la usuaria contaba con una pérdida de la capacidad laboral del 63,64% emitida el 9 de septiembre de 2020 con fecha de estructuración del 3 de diciembre de 2019, motivo por el cual puede acceder a la pensión. Dijo que si bien existió controversia en el dictamen, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez emitió su decisión el 11 de febrero de 2021 dando un reconocimiento de pérdida de la capacidad laboral del 51.89% con fecha de estructuración del 18 de octubre de 2019.

Manifestó que ante la existencia de la calificación de pérdida de la capacidad laboral, la accionante debe iniciar el trámite para el reconocimiento pensional y de esta forma garantizar su mínimo vital, en la medida que está se paga de forma retroactiva desde la fecha de estructuración del estado de invalidez o partir del día siguiente de la última fecha de incapacidad, pues no puede recibir un doble pago por incapacidades y pensiones ya que ello es contrario a la legislación vigente.

Adujo que la acción de tutela es improcedente por cuanto no se encuentra acreditado el perjuicio irremediable y por que la tutela carece de inmediatez, adicionalmente adujo que, en gracia de discusión, la sociedad NALSANI S.A.S. como empleador de la accionante era quien debía reconocer el pago de las incapacidades para posteriormente tramitar el reembolso ante la EPS.

Finalmente, sostuvo que no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante, razón por la cual la acción constitucional debe declararse improcedente, máxime cuando no se está en presencia de un perjuicio irremediables y existen otros mecanismos de defensa.

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A.** señaló que revisados sus aplicativos encontró que la accionante se encuentra afiliada desde el 2 de julio de 2012, que pagó las incapacidades hasta el día 540, que la encargada de asumir el pago del subsidio desde el día 541 en adelante es la EPS a la que se encuentre afiliada la accionante, quien posteriormente puede hacer el recobro ante el ADRES, que dicho pago se debe realizar independientemente de que exista o no calificación de la pérdida de la capacidad laboral.

Sostuvo que en primer término se determinó a la accionante una pérdida de la capacidad laboral del 35.11% misma que fue recurrida por la accionante, motivo por el cual la Junta Regional de Calificación de Invalidez emitió un concepto con pérdida de la capacidad laboral del 63,64% con fecha de estructuración del 3 de diciembre de 2019 de origen común, por lo que inconforme con dicha decisión presentó recurso el cual esta siendo conocido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.



Finalmente, solicitó la improcedencia de la acción de tutela por cuanto no se cumplen los requisitos de procedibilidad y en atención a que no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante.

La sociedad **Nalsani S.A.** reseñó que la accionante actualmente se encuentra vinculada laboralmente, que como contraprestación de sus servicios paga mensualmente el salario mensual o en su defecto el auxilio económico por incapacidad.

Que al afiliarse a la accionante a Medimás EPS y Colfondos AFO, subrogó los riesgos derivados de la salud, vejez, invalidez y/o muerte de la trabajadora, que la accionante ha presentado incapacidades desde 2019 por lo que reconoció y pago el auxilio económico por los primeros 180 días.

Sostuvo que ha efectuado el pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social de manera oportuna, ha mantenido vigente las afiliaciones de la accionante y ha adelantado todos los trámites para que la EPS pague el valor del auxilio de incapacidad, por lo que no adeuda concepto alguno a la accionante pues la obligación recae sobre las entidades del sistema de seguridad social.

Finalmente, solicitó que no se profiera condena alguna en su contra, pues no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante y en consecuencia, negar por improcedente el amparo constitucional y ordenar su desvinculación.

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 pública 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 parágrafo 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 adelantarlos 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 en 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 la accionante el amparo de sus derechos fundamentales de la seguridad social, de la salud, del mínimo vital, de la dignidad humana y de la igualdad y, en consecuencia, pide ordenar a Famisanar EPS a reconocer y pagar las incapacidades generadas desde el 2º de agosto de 2019 hasta la fecha.

Para sustentar sus pedimentos aportó en PDF copia de las incapacidades generadas por la EPS Famisanar desde el 2 de agosto de 2019 hasta el 26 de mayo de esa anualidad².

En atención a la naturaleza prestacional del derecho que se reclama, es necesario, previo a realizar un análisis de fondo, determinar si en el presente caso se cumple el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela o si por el contrario debe acudir al mecanismo ordinario de defensa judicial ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Como se esbozó en el marco normativo de esta providencia, para la procedencia del mecanismo constitucional es imprescindible acreditar que no se cuenta con otros medios de defensa judicial o que teniéndolos, éstos no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

¹ Sentencias T-485 de 2010, T-333 de 2013, T-698 de 2014 y T-097 de 2015.

² Ver archivo 1 folios 9 a 51.



En este caso, la discusión deviene del reconocimiento y pago de unas incapacidades no reconocidas a la accionante, es decir, se trata de un conflicto económico-jurídico de competencia de la jurisdicción ordinaria laboral, tal como se desprende de la lectura del artículo 2° del C.P.T., modificado por el artículo 2° de la Ley 712 de 2001:

La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: 4. 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 contratos, 5. La ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad....

No obstante, la accionante no acudió al juez ordinario laboral para la resolución de su conflicto, sino que, consideró prioritario acudir a la acción de tutela, frente a lo cual se debe decir, que prescindir de la Jurisdicción Ordinaria en un caso como éste, comportaría la desnaturalización de la acción de tutela como un mecanismo subsidiario y lo convertiría en principal.

Ahora, en lo relativo a la idoneidad y a la eficacia del mecanismo ordinario, considera el Despacho que no pueden estar supeditadas a la voluntad del interesado de ejercer o no su derecho de acción, sino a la efectiva demostración de que el mecanismo ordinario ha sido agotado y pese a ello persiste la vulneración.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha señalado, que un proceso ordinario laboral es idóneo para proteger los derechos fundamentales que eventualmente podrían estar en juego. Lo anterior, debido a que el objetivo de un proceso de esa naturaleza es solucionar los conflictos de orden laboral y de la seguridad social, contando con mecanismos de recaudo de pruebas que sin lugar a dudas permiten resolver los problemas en discusión y adoptar las medidas que eventualmente sean necesarias para la protección de los derechos afectados.

De este modo, ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, que en este caso corresponde a un proceso ordinario laboral eficaz e idóneo, la presente acción de tutela tan solo podría llegar a ser procedente como mecanismo transitorio de protección en el evento que se comprobará que el accionante se encuentra sometido a la posible materialización de un perjuicio irremediable.

Sin embargo, en este caso no hay prueba alguna de la afectación inminente, urgente, grave e impostergable del derecho al mínimo vital del accionante, por lo siguiente:

Esta probado que la accionante fue provista de incapacidades médicas continuas desde el 2 de agosto de 2019 hasta el 26 de mayo de 2021, mismas que no han sido reconocidas y pagadas. No obstante, en el escrito de tutela si bien la accionante manifestó que no está percibiendo ingreso económico, lo cierto es que no aportó prueba documental alguna que acredite o dé certeza sobre la afectación *iusfundamental* como consecuencia del no reconocimiento y pago de las incapacidades solicitadas, no adujo una situación económica precaria, no dijo ser madre cabeza de familia o que tiene personas a su cargo, no acreditó que las incapacidades constituyan su única fuente de ingresos, ni que carezca de recursos para solventar sus necesidades básicas o las de su familia, así como tampoco aportó prueba - siquiera sumaria- que acredite alguna de dichas circunstancias.

En síntesis, la accionante no alegó ni demostró tener comprometido su mínimo vital o alguna otra circunstancia especial que amerite la intervención del Juez Constitucional.



Nótese, que las incapacidades que reclama corresponden a las concedidas desde el mes de agosto de 2019, esto es, prestaciones económicas causadas hace más de 1 año y medio. Este periodo de inactividad de la accionante para reclamar las acreencias adeudadas, descarta la urgencia de la protección solicitada por vía de tutela, pues el tiempo durante el cual asumió sus obligaciones económicas sin la prestación cuyo reconocimiento ahora reclama, no permite deducir una situación de apremio que faculte al juez constitucional a analizar el fondo de la controversia planteada.

Por el contrario, una situación de urgencia habría provocado un ejercicio previo de esta acción constitucional o de acciones ordinarias dirigidas a conjurar la eventual vulneración del derecho. Además, la accionante no manifestó las razones para justificar su inactividad, pues no identificó circunstancia alguna que le hubiera impedido iniciar la acción de tutela previamente.

En ese entendido, no existen argumentos razonables para sostener que en este caso concreto no se pueda acudir al proceso ordinario laboral y esperar los resultados del mismo, por cuanto al analizar las condiciones de vulnerabilidad de la accionante i) no se encuentra en una situación de inminente riesgo que demande de su protección por la vía residual de la acción de tutela; ii) ni tampoco demostró un impedimento para esperar la finalización de la vía judicial ordinaria por parte del juez laboral, quien es el llamado a definir si procede o no el reconocimiento de la incapacidad.

En conclusión, en el presente asunto:

- i. Existe una vía idónea (acción ordinaria laboral) que aún no ha sido agotada;
- ii. No se percibe la ocurrencia de un perjuicio irremediable, o una situación que revista tal gravedad, o que ponga al accionante en situación de indefensión, de manera que amerite la intervención del juez constitucional.

En consecuencia, concluye el Despacho, que la presente acción de tutela es improcedente por no satisfacer el requisito de subsidiariedad.

Finalmente, se ordenará la desvinculación de la sociedad Nalsani S.A. y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., por falta de legitimación en la causa por pasiva.

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 POR IMPROCEDENTE la acción de tutela instaurada por **Lilia Milena Rodríguez Téllez** contra **Famisanar EPS**, acorde con lo aquí considerado.

SEGUNDO: DESVINCULAR a la sociedad Nalsani S.A. y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., por falta de legitimación en la causa por pasiva.

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



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

QUINTO: 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 efectiva.

Notifíquese y Cúmplase,

La Juez,

LORENA ALEXANDRA BAYONA CORREDOR

Firmado Por:

**LORENA ALEXANDRA BAYONA CORREDOR
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 3^{ero} MPAL PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES BOGOTA**

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:

caedecc3e00d70e5f983f82ecb8af1b63674577fd5990335460b4122f17dfd26

Documento generado en 25/06/2021 03:17:12 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**