



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO CUARENTA Y CINCO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ, D.C..

Carrera 10 No. 14-33, Piso 19, Tel. 2821885

Cmpl45bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Dieciocho (18) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Rad: Tutela 11001-40-03-045-2020-00388-00

**REF: ACCIÓN DE TUTELA DE YENCY ENEIDER OLIVEROS EN
CONTRA DE FAMISANAR E.P.S. S.A.S.**

Resuelve el Despacho la solicitud de tutela de los derechos invocados por la señora **YENCY ENEIDER OLIVEROS**, en contra de **FAMISANAR E.P.S. S.A.S.**

ANTECEDENTES

La señora **YENCY ENEIDER OLIVEROS** presentó acción de tutela en contra de **FAMISANAR E.P.S. S.A.S.**, para que se le ampararan los derechos constitucionales fundamentales a la salud, al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social, en vista de que se le diagnosticó *“tumor maligno de la mama”* y, debido a ello, ha sido incapacitada por sus médicos tratantes, pero la demandada se ha negado a pagarle las incapacidades concedidas desde el 9 de agosto de 2019 hasta el 2 de agosto de 2020, por lo cual considera que le han sido vulneradas las prerrogativas constitucionales antes dichas y acude a la solicitud de amparo en procura de obtener su protección.

Impulsado el trámite legal al escrito contentivo de la acción, se admitió mediante auto calendado 5 de agosto de 2020, decisión que se notificó a

la demandada a través del oficio No. 1597, el cual se remitió vía correo electrónico.

FAMISANAR E.P.S. S.A.S. manifestó que la tutela debía negarse, habida cuenta de que la accionante no acreditó la amenaza de un perjuicio irremediable y tampoco la afectación de su derecho al mínimo vital, para relevarla de utilizar los medios de defensa ordinarios, con el fin de obtener el pago de las prestaciones económicas aquí reclamadas. Además, informó que la demandante debía transcribir las incapacidades en uno de los puntos de atención y allegar la historia clínica que las generó, para conseguir el reconocimiento de las posteriores al día 540.

Con el fin de evitar posibles nulidades, se dispuso vincular, como terceros intervinientes, a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES**, a **CASA LIMPIA S.A.**, al **CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLÓGICAS CLÍNICA SAN DIEGO CIOSAD S.A.S.** y al **MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL**, a quienes se les informó del presente trámite a través de los oficios No. 1598, 1599, 1600 y 1601, los cuales se remitieron vía correo electrónico.

El **MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL**, la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES**, **CASA LIMPIA S.A.** y el **CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLÓGICAS CLÍNICA SAN DIEGO CIOSAD S.A.S.** solicitaron la desvinculación del presente trámite, porque la violación de los derechos fundamentales que se alega, en ningún caso, habría sido generada por una acción u omisión atribuible a las mismas, ya que dentro de sus competencias no estaba la correspondiente a pagar incapacidades.

CONSIDERACIONES

En el artículo 86 de la Constitución Nacional se prescribe que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar, ante los jueces, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que los mismos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o de un particular, en los precisos casos autorizados legalmente.

Su viabilidad o procedencia exige el cumplimiento de dos precisos requisitos: por un lado, que la actuación comprometa un derecho del linaje mencionado y, por el otro, que no exista mecanismo de protección distinto o que el mismo no sea eficaz.

Previamente a referirse sobre el caso concreto, conviene citar la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional que resulta relevante para su resolución:

“...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”¹.

En pronunciamiento posterior, la citada Corporación judicial señaló lo siguiente:

“En relación con el requisito de subsidiariedad para la procedencia de la acción de tutela, resulta oportuno indicar que aunque existe la posibilidad de reclamar el pago de las incapacidades laborales en otro proceso, exigirlo en el presente asunto desnaturalizaría el amparo, creando un

¹ Corte Constitucional, sentencia T-311 de 15 de julio de 1996, M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

detrimento mayor a la actora, quien se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta por la enfermedad que padece, evidenciándose así la materialización de un perjuicio irremediable, que debe ser superado constitucionalmente”².

En atención a lo señalado en la jurisprudencia previamente citada y a lo manifestado por la accionante, acerca de que el no pago de las incapacidades le afecta, entre otros derechos fundamentales, su mínimo vital, el Despacho considera que sí procede el estudio de la solicitud de amparo, pues tal aseveración no la desvirtuó la demandada.

Ahora bien, en la sentencia T-200 de 2017, la aludida alta Corte indicó lo que se transcribe enseguida:

“5.1.2 Incapacidades por enfermedad de origen común

De acuerdo con las disposiciones legales que regulan la materia, dependiendo del tiempo de duración de la incapacidad, la remuneración recibida durante ese lapso podrá ser denominada auxilio económico, si se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma, o subsidio de incapacidad si se trata del día 181 en adelante. La obligación del pago de incapacidades está distribuida de la siguiente manera:

- i. Entre el día 1 y 2 está a cargo del empleador según lo establecido en el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013.*
- ii. Entre el día 3 y 180 a cargo de la EPS según el mismo decreto.*
- 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.*

Ahora bien, hasta antes del año 2015, la Corte Constitucional venía reconociendo y advirtiendo la existencia de un déficit de protección de las personas que tuvieran concepto favorable de rehabilitación, calificación de

² Corte Constitucional, sentencia T-138 de 13 de marzo de 2014, M.P. NILSON PINILLA PINILLA.

pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, y siguieran siendo incapacitadas por la misma causa más allá de los 540 días. En su momento, la sentencia T-468 de 2010 de esta Corporación señaló:

‘...aunque en principio se diría que las garantías proteccionistas del sistema integral de seguridad social son generosas, esta Sala repara en el hecho de que no existe legislación que proteja al trabajador cuando se le han prolongado sucesivamente incapacidades de origen común y que superan los 540 días. Son muchos los casos en que las dolencias o las secuelas que dejan las enfermedades o accidentes de origen común, [...] obligan a las EPS o demás entidades que administran la salud a certificar incapacidades por mucho más tiempo del estipulado en el Sistema Integral de Seguridad Social y que a pesar de las limitaciones físicas la pérdida de la capacidad laboral no alcanza a superar el 50% y por tanto, tampoco nace el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, lo que deja al trabajador en un estado de desamparo y sin los medios económicos para subsistir’.

Y agregó:

‘En esta situación, el trabajador está desprotegido por la falta de regulación legal en la materia, ya que no existe claridad de cuál sería la entidad de protección social que debe asumir el pago del auxilio por incapacidad, situación que empeora si el empleador logra demostrar ante el Ministerio de Protección social que en virtud de la incapacidad del trabajador no es posible reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro similar, operando de esta manera el despido con justa causa contenido en el artículo 62, numeral 14 del código sustantivo del trabajo’.

En consecuencia, el Gobierno Nacional, a través de la Ley 1753 de 2015, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo para el periodo comprendido entre 2014 y 2018, dio una solución a este déficit de protección, al otorgar la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS. Según el artículo 67 de la mencionada ley, los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras cosas, ‘[al] reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por

enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos’.

La Corte Constitucional ya ha ordenado la aplicación de esta disposición por vía de tutela en la sentencia T-144 del 2016. En su momento, esta Corporación conoció el caso de la ciudadana Maritza Cartagena, quien en el mes de octubre de 2011 sufrió un accidente en motocicleta al chocar con un vehículo de transporte escolar. En el incidente sufrió varias fracturas que le provocaron incapacidades de más de 540 días. Recibió calificación del Fondo de Pensiones y de la Junta Regional de Calificación de Invalidez que no superaba el 50% de pérdida de capacidad laboral, pero apeló este último dictamen por considerar que no respondía a su estado real de salud física y mental.

Para la Corte, la entrada en vigencia de esta norma, cambia el panorama del pago de incapacidades después de 540 días que se venía planteando en la jurisprudencia de años atrás, pues se le atribuyó la obligación del pago a las EPS como parte del Sistema de Seguridad Social en Salud.

*Con estos antecedentes legales y jurisprudenciales, **no cabe duda alguna de que la regla actual de incapacidades que superan 540 días para personas que no han tenido una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, es que deben asumirlas las EPS.***

Pero además, la sentencia en cuestión establece tres reglas para el análisis de este tipo de casos, la primera, es que reitera la necesidad de garantizar protección reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral, tienen incapacidades prolongadas, pero no son considerados inválidos; la segunda, es que la obligación impuesta por el Plan Nacional de Desarrollo, respecto al pago de tales incapacidades es de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades; y la tercera, es que podrá concederse una aplicación retroactiva en virtud del principio de igualdad.

Frente a la primera regla, la Corte Constitucional se pronunció en los siguientes términos:

‘Las personas incapacitadas de forma parcial y permanente, se encuentran en una situación adversa, en la medida en que no tienen la plenitud de la fuerza de trabajo, pero no son consideradas técnicamente inválidas. En estos casos es claro que existe una obligación en cabeza del

empleador de reintegrar al afectado a un puesto de trabajo que esté acorde a sus nuevas condiciones de salud. En otras palabras el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, desarrollado por esta Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997’.

Refiriéndose a la segunda regla, esta Corporación señala que el déficit de protección para trabajadores que superan 540 días de incapacidad se entiende superado por la Ley 1753 de 2015 y que a partir de su entrada en vigencia, tanto ‘(...) el juez constitucional, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deberá acatar (...)’. No obstante, es preciso tener en cuenta que el Plan Nacional de Desarrollo, es por naturaleza una norma cambiante y en consecuencia el déficit de protección podría volver a presentarse.

Sobre la base de lo previsto en la Ley 1753 del 2015, el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común tiene actualmente las siguientes fases y encargados:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
<i>Día 1 a 2</i>	<i>Empleador</i>	<i>Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013</i>
<i>Día 3 a 180</i>	<i>EPS</i>	<i>Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013</i>
<i>Día 181 hasta un plazo de 540 días</i>	<i>Fondo de Pensiones</i>	<i>Artículo 52 de la Ley 962 de 2005</i>
<i>Día 541 en adelante</i>	<i>EPS</i>	<i>Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015</i>

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en relación con este tema ha establecido que el origen de la incapacidad determina la hoja de ruta para establecer con claridad cuál es la entidad, bien sea que pertenezca al Sistema General de Seguridad Social en Salud o al Sistema General de Riesgos Laborales, que tiene la obligación de pagar las incapacidades, en concordancia con las diferentes reglas temporales que operan en los casos de enfermedades de origen común.

Ahora bien, aun cuando el desarrollo normativo y jurisprudencial previo al año 2015, daba cuenta de la existencia de un déficit de protección para incapacidades que superaran los 540 días consecutivos, esta Sala encuentra que tal circunstancia ha sido satisfecha por el artículo 67 de la

Ley 1573 de 2015, al menos mientras se encuentre vigente el Plan Nacional de Desarrollo”.

En el caso concreto, de la revisión del material probatorio obrante dentro del expediente se logró establecer que, en efecto, a la señora **YENCY ENEIDER OLIVEROS** no le han pagado las incapacidades concedidas desde el 9 de agosto de 2019 hasta el 1º de septiembre de 2020, las cuales son superiores, en todos los casos, al día 540, aseveración que no desvirtuó la demandada **FAMISANAR E.P.S. S.A.S.**

Existen diferentes hechos que llevan a este funcionario judicial a concluir que, en efecto, ya se superó el día 540 de incapacidad continua de la señora **YENCY ENEIDER OLIVEROS** por el diagnóstico C509, correspondiente a “*tumor maligno de la mama*”, como son lo señalado en el numeral 2 del acápite de consideraciones del fallo de 16 de agosto de 2019 que dictó el **JUZGADO TREINTA Y NUEVE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ**, el contenido del certificado que **FAMISANAR E.P.S. S.A.S.** adjuntó a la contestación de la tutela y la relación que efectuó el **CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLÓGICAS CLÍNICA SAN DIEGO CIOSAD S.A.S.** en el informe que rindió.

El pago de las incapacidades superiores al día 540, según lo previsto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, corresponde a **FAMISANAR E.P.S. S.A.S.**, la que no puede relevarse del cumplimiento de tal obligación, bajo el argumento de la falta de radicación de la historia clínica que las originó, pues como lo manifestó el **MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL** en el concepto jurídico No. 201811601071261 de 4 de septiembre de 2018, no puede exigirse tal documentación.

Es importante recordar que el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional ha sostenido que se presume la vulneración al mínimo vital cuando no se pagan las incapacidades, pues se considera que dicha prestación, las más de las veces, constituye la única fuente de ingresos del empleado, de modo que la carga de la prueba se traslada a la parte

demandada, quien deberá desvirtuar tal hipótesis, lo que aquí no sucedió, pues **FAMISANAR E.P.S. S.A.S.** no acreditó lo contrario.

Por eso, se ordenará al Representante Legal de **FAMISANAR E.P.S. S.A.S.** o a quien haga sus veces, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, si aún no lo ha hecho, le pague a la accionante las incapacidades concedidas desde el 9 de agosto de 2019 hasta el 1º de septiembre de 2020 y las que, en lo sucesivo, se emitan en consideración al diagnóstico médico por el que se han otorgado hasta ahora, vale decir, *“tumor maligno de la mama”*, de lo cual deberá dar cuenta al Despacho.

Por lo anteriormente expuesto, este estrado judicial accederá al amparo de las prerrogativas fundamentales de la actora, esto es, la señora **YENCY ENEIDER OLIVEROS**, sin más consideraciones, por no ser ellas necesarias.

Se informa que esta providencia se dicta en ejercicio de la modalidad trabajo en casa, lo cual es posible en aplicación de lo previsto en los Acuerdos No. PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11521 y PCSJA20-11526 de 15, 16, 19 y 22 de marzo de 2020, respectivamente, PCSJA20-11532 y PCSJA20-11546 de 11 y 25 de abril del mismo año, respectivamente, PCSJA20-11549, PCSJA20-11556 de 7 y 22 de mayo de la presente anualidad, respectivamente, y PCSJA20-11567 de 5 de junio hogaño, expedidos por el H. Consejo Superior de la Judicatura.

Se aclara que para la firma de esta decisión se acudió a lo señalado tanto en el artículo 11 del Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo de 2020, como en el artículo 22 del Acuerdo No. PCSJA20-11567 de 5 de junio del mismo año.

DECISIÓN

Congruente con lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA Y CINCO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de la señora **YENCY ENEIDER OLIVEROS**, identificada con la C.C. No. 39.802.837, vulnerados por **FAMISANAR E.P.S. S.A.S.**, en atención a lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

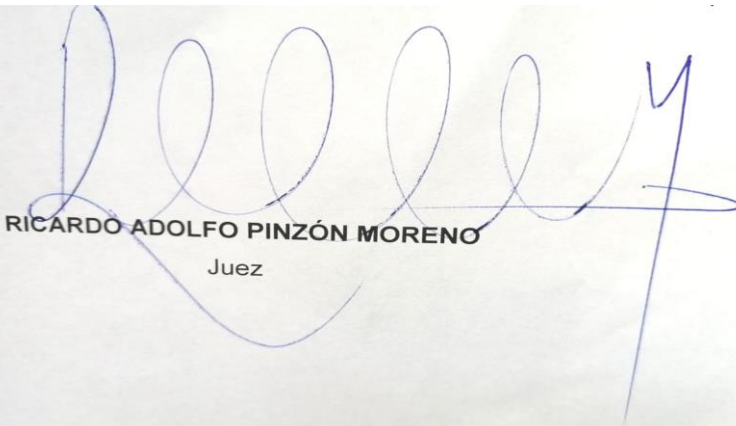
Segundo: ORDENAR al Representante Legal de **FAMISANAR E.P.S. S.A.S.** o a quien haga sus veces, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, si aún no lo ha hecho, le pague a la señora **YENCY ENEIDER OLIVEROS** las incapacidades concedidas desde el 9 de agosto de 2019 hasta el 1º de septiembre de 2020 y las que, en lo sucesivo, se emitan en consideración al diagnóstico médico por el que se han otorgado hasta ahora, vale decir, *“tumor maligno de la mama”*, de lo cual deberá dar cuenta al Despacho.

Tercero: La presente decisión podrá ser impugnada, dentro de los tres días siguientes a su notificación, en los términos del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. Si esta providencia no fuere recurrida en tiempo oportuno, envíese la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cuarto: En los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, notifíquese esta providencia, por el medio más expedito que sea posible, a todos los sujetos involucrados.

Quinto: A costa de los interesados, expídanse copias auténticas del presente fallo.

Notifíquese y Cúmplase,



RICARDO ADOLFO PINZÓN MORENO
Juez