

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA Y CINCO CIVIL MUNICIPAL
BOGOTÁ D.C.**



Bogotá DC., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Acción de Tutela No. 11001 40 03 035 2021 00262 00

Por ser procedente se admite la acción de tutela presentada por **OLGA LUCÍA RICO CARTAGENA** en calidad de agente oficiosa de **WILLIAM ERNESTO NIETO SUA**, contra **FAMISANAR EPS**. En consecuencia, se ordena:

1. Oficiar a la entidad accionada para que dentro del término de un (1) día contado a partir de la notificación del presente auto, se pronuncie respecto de los fundamentos de la demanda de tutela en su contra. A la respuesta deberá adjuntar la documentación pertinente. Adviértasele que ante la falta de respuesta oportuna se dictará sentencia de plano con base en los hechos de la demanda.

2. De igual forma, se ordena la vinculación de PROTECCIÓN S.A., para que dentro del mismo término informe lo que crea pertinente sobre la presente acción y defienda sus intereses. Ofíciase.

3. Notifíquese a las partes del contenido de la presente providencia por el medio más expedito.

Cúmplase,

La Jueza,

DEISY ELISABETH ZAMORA HURTADO

DS

Firmado Por:

**DEISY ELIZABETH ZAMORA HURTADO
JUEZ MUNICIPAL**

JUZGADO 035 CIVIL MUNICIPAL DE 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: **7f42c9fa80a0a9429267f88032772fa6631bff97ee504419a54854ce19d4aefd**

Documento generado en 25/03/2021 12:42:10 PM

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA Y CINCO CIVIL MUNICIPAL
BOGOTÁ D.C.**



Bogotá D.C., doce (12) de abril de dos mil veintiuno (2021).

CLASE DE PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : OLGA LUCÍA RICO CARTAGENA en calidad de agente oficiosa de WILLIAM ERNESTO NIETO SUA
ACCIONADO : FAMISANAR EPS
RADICACIÓN : 11001 40 03 035 **2021 00262 00**

En ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, procede el Despacho a dictar sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, como quiera que el trámite propio de la instancia se encuentra agotado, sin la presencia de causal que invalide lo actuado.

I. ANTECEDENTES

Olga Lucía Rico Cartagena, actuando en calidad de agente oficiosa de **William Ernesto Nieto Sua**, presentó acción de tutela contra **Famisanar EPS**, solicitando el amparo de los derechos fundamentales de su cónyuge al Mínimo Vital, a la Vida Digna y a la Seguridad Social.

La *causa petendi* de la acción se fundamenta en los hechos que de manera concisa se citan a continuación:

1.1. Se indica que el agenciado se encuentra vinculado con **Famisanar EPS** y, además, con **Protección AFP**, respecto de los servicios de salud y pensión, respectivamente.

1.2. Se indica que debido a sus diagnósticos médicos, a **William Ernesto Nieto Sua** se le han concedido incapacidades desde el 24 de mayo de 2019.

1.3. En principio, se señala que la accionada asumió el pago de las incapacidades hasta el día 180. A partir de allí, del día 181, y hasta el día 540, **Protección AFP** asumió el desembolso de las incapacidades.

1.4. No obstante, a partir del día 541, es decir, desde el 26 de marzo de 2020, se suspendió el pago de incapacidades. Presentados los

certificados ante la accionada, esta guardó silencio respecto de los mismos; por su parte; **Protección AFP**, argumenta que su obligación de pago iba hasta el día 540 de incapacidad.

1.5. Se indica que con la omisión presentada, en cuanto al pago de 4 incapacidades, se ve afectado el mínimo vital; no se cuentan con recursos económicos suficientes para atender las necesidades familiares, puesto que no se cuenta con otra fuente de ingreso.

II. TRASLADOS Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Una vez admitida la acción de tutela mediante auto de fecha 25 de marzo de 2021, se ordenó la notificación de la EPS accionada, a efectos de que ejerciera su derecho de defensa sobre los hechos alegados. En la antedicha providencia, así mismo, se ordenó la vinculación de **Protección AFP**.

2.1.- Famisanar EPS

Señala que, al 25 de marzo hogaño, el agenciado registra 685 días de incapacidad. Aclara que se presenta continuidad en las incapacidades desde el 20 de septiembre de (sic) 2000.

Debido a la no radicación cronológica de incapacidades, indica haberse presentado un doble pago de las mismas y, por esto, se requirió en su momento la devolución de desembolsos. Lo anterior, teniendo en cuenta que su obligación iba hasta la notificación del Concepto Integral de Rehabilitación al respectivo fondo de pensiones.

Seguido de esto, precisa que para el pago de incapacidades posteriores al día 540, se debe presentar la documentación respectiva, para proceder según se requiera.

2.2.- Protección AFP

Manifiesta que el día 26 de febrero de 2020, y nuevamente el 03 de abril de ese año, la accionada le remitió concepto de rehabilitación desfavorable. Por ello, existiendo el concepto desfavorable, es procedente proceder a la calificación de la pérdida de capacidad laboral.

Precisa que, en los términos del art. 142 del Dto. 19 de 2012, solo es procedente el pago de incapacidades por su parte, en caso de contarse con concepto favorable de rehabilitación y que, en tal caso, se deba postergar la calificación de pérdida de capacidad laboral.

Con ocasión de una anterior acción de tutela, precisa que realizó el pago de las incapacidades causadas entre los días 181 y 540; sin embargo,

vencido este último plazo, corresponde a la EPS asumir el desembolso del subsidio por enfermedad.

III. CONSIDERACIONES

3.1. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA:

El artículo 86 de la Constitución Política prevé que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La tutela tiene como dos de sus caracteres distintivos esenciales la subsidiariedad y la inmediatez; el primero por cuanto tan solo resulta procedente instaurar la acción cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable; el segundo puesto que no se trata de un proceso sino de un remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad, concreta y actual del derecho sujeto a violación o amenaza.

3.2. DEL CASO EN CONCRETO.

Conforme lo expuesto en el libelo de tutela, el mismo está dirigido a lograr el pago de incapacidades médicas para el periodo del 26 de noviembre de 2019 al 25 de marzo de 2021, por parte de la acá accionada.

Atendiendo lo señalado, sobre el tema de incapacidades, a la implementación de la Ley 100 de 1993 se reconocieron una serie de prerrogativas en favor de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Dentro de los beneficios reconocidos se contempla el pago de las incapacidades generadas con ocasión de una enfermedad de origen común y que imposibilite el desempeño de una labor o profesión de manera temporal (art. 206 Ley 100/93).

Dicha prerrogativa de índole pecuniario es reconocida únicamente en favor de los afiliados señalados en el literal A del art. 157 de la Ley 100 de 1993, es decir, a los cotizantes del sistema contributivo o las personas pertenecientes al sistema subsidiado.

Respecto del pago de incapacidades generadas con ocasión de enfermedad, la Corte Constitucional a través de sus Salas de Revisión ha señalado la importancia de la ya mencionada erogación monetaria, señalando inclusive que dicho pago se constituye como el salario del

trabajador. Al respecto, con ponencia del Magistrado Dr. José Gregorio Hernández Galindo, la Sentencia T 311 de 1996 señaló lo siguiente:

El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales.

Entonces, no solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia.

Y es que el trabajador tiene derecho a que se le retribuyan sus servicios pero también a que se le otorgue justo trato durante el tiempo en que permanece involuntariamente inactivo por causa de perturbaciones en su salud.

Así, el llamado "subsido por incapacidad" surge como cláusula implícita del contrato y obligatoria por ministerio de la ley, en guarda de los derechos mínimos de todo trabajador.

El artículo 53 de la Constitución Política establece como principios fundamentales en materia laboral, entre otros, el de la remuneración mínima vital y móvil y el de la protección especial a la mujer y a la maternidad, derecho este último que importa especialmente en el presente caso, dadas las causas de incapacidad de la solicitante.

En el contexto del ordenamiento vigente, el pago de incapacidades hace parte del régimen de seguridad social y está a cargo de las instituciones correspondientes, de acuerdo con la ley.

[...]

De la normatividad vigente resulta, tanto por la necesidad de dar aplicación a los preceptos constitucionales como por las reglas establecidas en la ley, que existe una clara e impostergable obligación, exigible de manera inmediata por los trabajadores y a cargo de las entidades pertenecientes al Sistema General de Seguridad Social, de cubrir de manera oportuna las incapacidades que se originen, a menos que el patrono estuviere en mora en el pago de las cotizaciones, que no hubiere inscrito oportunamente al trabajador o que no hubiere suministrado las pertinentes informaciones acerca de la incapacidad concreta del empleado -como en este caso-, eventos en los cuales deberá asumir directamente tales pagos. Ello resulta especialmente claro en el caso del ISS, según las normas especiales que regulan lo relativo a enfermedad general y maternidad con esa institución.

Ahora bien, 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.

El pago de las incapacidades surgidas por enfermedad de origen común, se realiza en distintos porcentajes según el tiempo de duración de la incapacidad; así mismo, el pago estará a cargo de distintas entidades según la duración del impedimento para el desempeño de labores o actividades.

Respecto del porcentaje de pago, el art. 227 del Código Sustantivo del Trabajo señala que el auxilio monetario se cancelara hasta por 180 días,

de los cuales, durante los primeros 90 días se cancela una porción equivalente a 2/3 partes del salario, durante los 90 días restantes, se cancelara la mitad del salario. No obstante, el pago de los dos primeros días de incapacidad se realiza sobre el 100% del salario, esto, bajo el entendido que tal espacio de tiempo corresponde a un descanso remunerado.

En caso de concederse incapacidades equivalentes a 180 días y de existir un concepto favorable de rehabilitación, se postergará la calificación del estado de invalidez hasta por un término de 360 días adicionales al tiempo establecido en el art. 227 del C.S. del T. Durante este espacio de tiempo, del día 181 al día 540, el pago de la incapacidad equivaldrá al monto de la incapacidad que se venía cancelando (inc. 5° art. 41 Ley100/93).

Ahora bien, el pago de las incapacidades es asumido de la siguiente manera: i) los dos primeros días son asumidos por el empleador (Par. 1°, art. 3.2.1.10 Dto. 780 de 2016), ii) del día 3 al día 180 serán asumidos por la Entidad Promotora de Salud (*ejusdem*), iii) del día 181 al día 540 serán asumidos por la Administradora de Fondo de Pensiones (inc. 5° art. 41, Ley 100/93) y iv) de no otorgarse pensión por invalidez y subsistiendo incapacidades posteriores al día 540, estas serán asumidas por la Entidad Promotora de Salud (literal a, inc. 2°, art. 67, Ley 1753/15).

Dicho lo anterior, teniendo en cuenta que el pago de incapacidades tiene un carácter monetario, en primera medida la acción de tutela no es procedente para el reclamo de tales rubros. Sin embargo, negar el beneficio monetario de las incapacidades, supliendo este el salario del trabajador incapacitado, puede derivar en la conculcación de derechos fundamentales. En tal escenario, la acción de tutela es procedente para el reclamo de peticiones de índole monetario.

Concerniente a lo señalado, la Corte Constitucional ha referido en su jurisprudencia la procedencia de la acción de tutela para los reclamos de índole monetaria; tal procedencia queda supeditada a la afectación de otras garantías fundamentales:

[...] excepcionalmente cuando la falta de pago de las acreencias laborales, vulnera o amenaza los derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital, a la seguridad social y/o a la subsistencia, la tutela procede para la reclamación efectiva de aquellas acreencias que constituyan la única fuente de recursos económicos que permiten sufragar las necesidades básicas, personales y familiares de la persona afectada.

Así entonces, ante la falta de pago de incapacidades de manera oportuna y completa, es indudable que la acción de tutela que se interponga, como una clase de acreencia laboral de aquellas contempladas en el ordenamiento legal, habrá de ser procedente, en tanto que afecte el derecho al mínimo vital y la seguridad social del accionante.

Así lo ha señalado esta Corporación al afirmar:

"El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. No solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia".

De esta manera, en la jurisprudencia constitucional ha sido concedido el amparo para recibir el pago de prestaciones sociales contempladas en el Sistema de Seguridad Social Integral, cuando tales prestaciones constituyen el único medio de subsistencia o cuando, por ejemplo se afecta el derecho a la salud de quien se encuentra incapacitado y dada la ausencia de pagos, es a[b]ocado a reincorporarse a sus actividades de manera anticipada sin que pueda recuperarse satisfactoriamente.

En conclusión, el reconocimiento y pago por vía de tutela de prestaciones incluidas en el Sistema de Seguridad Social Integral, como la (incapacidad por enfermedad general), está en armonía con el Estado Social de Derecho ya que garantiza la protección de las personas frente a contingencias que las afectan como la pérdida de capacidad laboral o la condición de vejez. Circunstancias en las que el juez constitucional debe considerar la protección constitucional reforzada que tienen los adultos mayores y los disminuidos físicos, procediendo de manera que se haga efectiva la protección constitucional de los mismos¹.

En suma, el pago de las incapacidades otorgadas a un trabajador con ocasión de una enfermedad de origen común debe ser asumido por la entidad promotora de salud. Tratándose de trabajadores independientes, deben suplirse una serie de requisitos para el pago de la incapacidad concedida. Así mismo, vía acción de tutela, puede darse el reclamo de los beneficios monetarios de la seguridad social, siempre que haya afectación de otros derechos fundamentales.

Traídas a colación las anteriores premisas legales y jurisprudenciales, en revisión del plenario, se encuentra que a **William Ernesto Nieto Sua** se le han concedido incapacidades, discriminadas así:

- a) Incapacidad No. 0007820786. Fecha inicio: 26 de noviembre de 2020; fecha final: 25 de diciembre de 2020.
- b) Incapacidad No. 0007864112. Fecha inicio: 26 de diciembre de 2020; fecha final: 24 de enero de 2021.
- c) Incapacidad No. 0007915396. Fecha inicio: 25 de enero de 2021; fecha final: 23 de febrero de 2021.
- d) Incapacidad No. 45433. Fecha inicio: 24 de febrero de 2021; fecha final: 25 de marzo de 2021.

Ahora bien, se aprecia que, injustificadamente, la EPS pasiva se ha abstraído de su obligación en cuanto al pago de incapacidades, luego, tal negativa, vulnera los derechos fundamentales de la accionante, en la medida que sustrae la posibilidad que ella obtenga un estipendio monetario en tanto sus condiciones de salud le impiden el desempeño de sus actividades normales y la remuneración de las mismas.

¹ Sentencia T 963 de 2007 M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

En este caso, sustraer la erogación monetaria conlleva a que el señor **Nieto Sua** atraviese dificultades tales como no poder asumir los costos de su manutención, cuidado y tratamiento médico.

Relativo a lo anterior, debe verse que en determinados eventos los dineros percibidos como consecuencia de una incapacidad suplen o hacen las veces de salario, por lo que estos permiten atender las necesidades económicas del trabajador –dependiente ora independiente- y de su grupo familiar; adicional, tal beneficio permite que el tiempo de incapacidad se emplee en la adecuada recuperación del estado de salud, sin verse en afujías de conseguir un sustento.

Entonces, el no pago del beneficio consagrado en el art. 206 de la Ley 100 de 1993, va en demerito de los derechos del trabajador, pues desconoce los postulados del Sistema General de Seguridad Social. De igual manera, la conducta de la accionada conlleva que a **William Ernesto Nieto Sua** se le sustraiga de la posibilidad de, por medio de una erogación monetaria, darse unas condiciones mínimas en su calidad de vida, viéndose desmejorada o desconocida la misma por ausencia de recursos para ello.

Ahora bien, la vulneración antes señalada, en este caso, es atribuible exclusivamente a **Famisanar EPS**. Al respecto, debe señalarse que, como aquella mismo indica, el agenciado ha pasado el día 540 de incapacidad. Luego, por haber ocurrido tal plazo, sin que se haya concedido pensión de invalidez por pérdida de la capacidad laboral, la aseguradora en salud debe asumir las incapacidades generadas a partir del día 541, conforme lo señala el literal a, inc. 2º, art. 67 de la Ley 1753/15.

Concatenado a lo dicho, no es de recibo la defensa planteada por **Famisanar EPS**, en cuanto a la necesidad de radicarse las respectivas incapacidades. Tal argumento, de alguna manera, pareciera que ignora por completo el libelo inicialmente presentado; allí se precisa que las incapacidades fueron presentadas para su pago, pero el mismo fue omitido por parte de la accionada. Así las cosas, el trámite exigido ya se realizó. Otra situación es la renuencia por parte de la EPS en sus deberes legales.

Por tanto, es procedente ordenar el pago de los estipendios económicos causados con ocasión de las incapacidades dadas al agenciado dentro de la presente acción de tutela, tal y como fuera solicitado en el escrito presentado inicialmente.

IV. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Treinta 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 al Mínimo Vital, la Vida Digna y la Seguridad Social, vulnerados a **William Ernesto Nieto Sua** por parte de **Famisanar EPS**, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO: ORDENAR a **Famisanar EPS**, por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces, que en el término de 48 horas –contadas a partir de la notificación de la presente–, proceda a liquidar y pagar las incapacidades concedidas a **William Ernesto Nieto Sua**, así:

- a) Incapacidad No. 0007820786. Fecha inicio: 26 de noviembre de 2020; fecha final: 25 de diciembre de 2020.
- b) Incapacidad No. 0007864112. Fecha inicio: 26 de diciembre de 2020; fecha final: 24 de enero de 2021.
- c) Incapacidad No. 0007915396. Fecha inicio: 25 de enero de 2021; fecha final: 23 de febrero de 2021.
- d) Incapacidad No. 45433. Fecha inicio: 24 de febrero de 2021; fecha final: 25 de marzo de 2021.

TERCERO: ORDENAR la notificación de lo aquí resuelto a las partes por el medio más expedito y eficaz de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 16 del decreto 2591 de 1991.

CUARTO: DISPONER la remisión de lo actuado ante la Honorable Corte Constitucional, en caso de no ser impugnada esta providencia.

Notifíquese y cúmplase,

La Jueza,

DEISY ELISABETH ZAMORA HURTADO

DS

Firmado Por:

**DEISY ELIZABETH ZAMORA HURTADO
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 035 CIVIL MUNICIPAL DE 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: **d965f4394c7adf8d55992a19c1160c5f7ea1e9f8c845cc717f6af9064a92eac4**
Documento generado en 12/04/2021 02:36:18 PM