

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Juzgado Diecinueve Civil Municipal

Bogotá D.C., nueve (9) de junio de dos mil veintidós (2022).

Ref. Acción de tutela No. 2022-00557

I.OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Despacho a decidir lo que en derecho corresponde frente a la acción de tutela incoada por EDWIN JHOAN PEÑA DUQUE contra Famisanar EPS, Sociedad Administradora de Fondos y Pensiones A.F.P., Cesantías Porvenir S.A. y Colmen Seguros Riesgos Laborales S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

El accionante reclamó el amparo de sus derechos fundamentales, al mínimo vital, seguridad social, salud y trabajo, que considera vulnerados por las entidades accionadas.

En consecuencia, instó se ordenara a los entes convocados al: “(i) *pago de los subsidios económicos por concepto de incapacidades superiores a 540 días, siendo estos por monto igual al salario mínimo legal mensual vigente, correspondiente a los periodos: 20 de marzo de 2022 al 17 de abril de 2022-18 de abril de 2022 al 01 de mayo de 2022-03 de mayo de 2022 al 17 de mayo de 2022-18 de mayo de 2022 al 1 de junio de 2022 y los que se continúen generando hasta que se me reintegre a mis labores o en su defecto se inicie el pago de pensión de invalidez;* (ii) *tratamiento integral requerido para la cura y/o estabilización de las patologías que padece; y (iii) la calificación integral de la pérdida de capacidad laboral hasta la resolución definitiva.*

2. Fundamentos Fácticos

2.1. El actor adujo, en síntesis, que tiene 31 años de edad y se encuentra vinculado laboralmente con la empresa Masivo Capital S.A.S., desde el 10 de abril de 2019 mediante contrato a término indefinido en el cargo de operador de buseta del Sistema Integrado de Transporte SITP.

2.2. Cuenta con afiliación en salud en la EPS FAMISANAR, al fondo de pensiones PORVENIR y a riesgos laborales en COLMENA SEGUROS LABORALES S.A.

2.3. El 25 de agosto de 2019 sufrió un accidente laboral dentro del vehículo, con el que desarrollaba su trabajo, en el que se le ocasionaron varias lesiones en la cabeza, herida con arma en el brazo izquierdo y antebrazo derecho, producidos por dos personas al interior del rodante, situación que fue puesta en conocimiento de manera inmediata al área de talento humano de la empresa y a la ARL.

2.4. Debido a las lesiones sufridas le realizaron varias intervenciones quirúrgicas en el brazo derecho, otorgándole una incapacidad de treinta días desde la fecha del accidente, siendo sufragada por Colmena Seguros Riesgos Laborales S.A.

2.5. Una vez reintegrado al trabajo empezó a presentar signos de patologías psiquiátricas, trastornos de ansiedad, ataques de pánico, por lo que fue valorado por los especialistas de Famisanar S.A. y posteriormente fue remitido a la ARL donde fue atendido por psicología y psiquiatría.

2.6. El 26 de febrero de 2020, la EPS procedió a emitir dictamen de determinación de origen del accidente, donde los diagnósticos S411 herida del brazo izquierdo y S518 herida en el antebrazo derecho se calificaron como de origen laboral, sin que se le informara el trámite que debía realizar para la calificación de pérdida de la capacidad laboral por las patologías presentadas con posterioridad al accidente de trabajo.

2.7. El 4 de mayo de 2020, estando en el trabajo le informó al supervisor de la empresa que se sentía mal y que no era posible conducir el vehículo por su estado de salud, pero éste le indicó que debía iniciar sus labores, de ahí que, sufrió nuevamente un accidente en el vehículo, siendo reportado al empleador.

2.8. El 9 de junio de 2020 la empresa Masivo Capital S.A.S., le notificó la reasignación de funciones laborales, de manera temporal como apoyo en las actividades de seguridad y salud.

2.9. Por la condición de la salud se dio inicio al tratamiento médico por parte de la ARL generando incapacidad por las patologías de vértigo y nefritis óptica, cuyo pago de subsidio económico fue cubierto por la EPS.

2.10. El 30 de noviembre de 2020 la EPS emitió Concepto de Rehabilitación Favorable para la patología H813 –Otros vértigos periféricos.

2.11. El 27 de septiembre de 2021, le fue practicado un examen oftalmológico, el que arrojó pérdida total de la visión del ojo izquierdo.

2.13. Dada la continuidad de las incapacidades y el deterioro del estado de salud, el 21 de diciembre de 2021 se emitió nuevo Concepto de Rehabilitación desfavorable *para las patologías H813 Otros vértigos periféricos, H46 Neuritis Óptica y G443 Cefalea Postraumática Crónica; en la misma se refiere “(...) **politraumatismo por accidente laboral del 25/08/2021, (sic) neuritis óptica retrobulbar izquierda, disminución de la visión por ojo izquierdo, hematoma crónico cerebral, ceguera (sic) secundaria. Accidente de vértigo, bursitis de hombro. (...)”***

2.14. El 17 de enero de 2022 radicó ante Famisanar una solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral, para establecer el origen de las patologías y que se trasladara al fondo de pensiones o riesgos laborales para la respectiva calificación, sin que a la fecha, se le haya dado respuesta.

2.15. Conforme a las incapacidades, estas se iniciaron el 14 de agosto de 2020, canceladas por la entidad de salud. A partir del día 181, esto es, 16 de marzo de 2021 la Sociedad Administradora de Pensiones- Porvenir, realizó el pago del subsidio económico por concepto de incapacidades por un período de 360 días.

2.16. El 19 de marzo de 2022 se cumplió el día 540 de incapacidad laboral y el fondo de pensiones le informó que la EPS tenía la obligación de continuar con el pago de las incapacidades y donde debía radicar los soportes de la historia

clínica debidamente actualizados, para proceder con el trámite de la calificación por pérdida de la capacidad laboral.

2.17. Dado la situación económica y sin contar con ingresos extras por la discapacidad para trabajar, le solicitó a la empleadora el pago e información para proceder al trámite para la cancelación del subsidio económico, sin que la EPS se haya pronunciado, por lo que interpuso acción de tutela en contra de aquella la cual fue negada, indicando los documentos que debía anexar para el pago requerido.

2.18. A partir del 20 de marzo de 2022, quincenalmente ha radicado las incapacidades en la empresa Masivo Capital S.A.S. y solicitado a Famisanar el pago de éstas, las cuales fueron devueltas indicando que el pago de incapacidades superior a 540 días le corresponde a la EPS, sin embargo, no ha recibido el subsidio económico, al cual tiene derecho por ser trabajador dependiente, afiliado activo, cotizante al régimen contributivo, respecto de los periodos correspondientes a: (i) 20 de marzo de 2022 al 17 de abril de 2022, (ii) 18 de abril de 2022 al 01 de mayo de 2022, (iii) 03 de mayo de 2022 al 17 de mayo de 2022 y (iv) 18 de mayo de 2022 al 1 de junio de 2022.

2.19. A la fecha no hay claridad si las patologías que padece son de origen común o laboral, por cuanto no se ha emitido un dictamen de calificación de pérdida de la capacidad laboral, ni ha recibido atención médica por parte de los especialistas, pues no tiene una situación clínica definida.

2.20. Su estado se ha visto agravado, por cuanto los problemas económicos, de salud corporal y mental, le han impedido llevar a cabo una vida normal, dado que su empleo es su única fuente de ingresos, del cual depende su núcleo familiar.

3. Trámite procesal

La acción de tutela se admitió mediante proveído de fecha 27 de mayo de la presente anualidad y se dispuso la vinculación al Ministerio de Trabajo. Posteriormente fueron vinculadas la Junta Regional de Calificación de Invalidez, Junta Nacional de Calificación de Invalidez, Ministerio de Salud y Protección Social, Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES, IPS Cifel SA, Seguros de Vida Alfa S.A. y el Juzgado Veinte Civil Municipal de Ejecución de Sentencias.

Así mismo, por auto del 1º de junio de 2022, se negó la medida provisional solicitada, toda vez que, de los medios de convicción arrimados con el escrito de tutela no se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable que amerite la intervención del Juez Constitucional de manera inmediata o la urgencia del servicio a tal punto que no sea dable esperar a la resolución del asunto puesto a consideración mediante el fallo de tutela.

3.1. En respuesta al requerimiento efectuado, **MASIVO CAPITAL S.A.S** informó que no es la encargada de reconocer y pagar las incapacidades médicas adeudadas al accionante, pues tal responsabilidad está en cabeza de las entidades promotoras de salud, en este caso, FAMISANAR EPS al contar el promotor con incapacidades médicas prolongadas superiores a 540 días, recursos que serán cubiertos por parte del Sistema Integrado de Seguridad Social.

Manifestó que, ha pagado en forma oportuna e ininterrumpida los aportes a seguridad social integral, tal como se demuestra en las planillas y el certificado

de pago del mes de mayo de 2022, de acuerdo al registro en el sistema del ADRES.

Indicó que, la empresa no es la llamada a responder por la presunta vulneración de las prerrogativas constitucionales invocadas por el tutelante, amén que no se aporta prueba de algún perjuicio irremediable que la haya causado la sociedad, dado que ha cumplido con todos y cada uno de los deberes que le corresponde, respecto del salario, afiliación y pago oportuno de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, parafiscales y demás del accionante, por lo que, invocó la falta de legitimación en la causa por pasiva y por ende su desvinculación al presente trámite.

3.2 A su turno, el **MINISTERIO DEL TRABAJO** informó que dentro de sus competencias no le está asignada efectuar el reconocimiento y pago de las incapacidades, pues en este caso le corresponde a la **EPS** a la cual se encuentra afiliado, con cargo a los recursos que para el efecto prevé el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud hasta los 180 días o el Fondo de Pensiones cuando es superior a ese término con cargo al Seguro Previsional de Invalidez y Supervivencia, o a la ARL cuando el origen sea laboral con cargo al Sistema de Riesgos Laborales. Así mismo, adujo no tener ningún vínculo laboral o contractual que diera lugar a la acción u omisión de vulneración de los derechos deprecados por el promotor, por lo que, solicitó la desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.3. Por su parte, **COLMENA ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES** manifestó que, el 25 de agosto de 2019 a nombre del accionante fue reportado un accidente, el cual fue aprobado por la ARL, a quien se le autorizó las prestaciones asistenciales y económicas que del mismo se derivaron, esto es, las incapacidades temporales radicadas al periodo correspondiente del 10 de septiembre de 2019 al 19 de septiembre de esa anualidad, así como, la atención médica requerida, tales como valoraciones por médicos especialistas en ortopedia, cirugía plástica de mano, fisioterapia, salud ocupacional, terapias físicas y exámenes de diagnóstico.

Indicó que, para efectos de validar el estado de salud del accionante, se le autorizó una valoración por especialidad en fisioterapia programada para el 13 de junio de 2022 en la IPS Cifel SAS y una Junta Médica para el 2 de junio del corriente año, las cuales fueron puestas en conocimiento del promotor.

Precisó que, conforme a los registros de información de la administradora, se evidenció que a nombre del accionante no fue reportada ninguna enfermedad que pudiera ser objeto de cobertura por parte del sistema general de riesgos laborales, pues las incapacidades temporales que reclama el accionante fueron expedidas por la EPS, por enfermedad general, es decir de origen común, a quien le corresponde suministrar las prestaciones asistenciales y económicas por esta contingencia y a la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el tutelante, por tal razón, consideró que no existe vulneración de los derechos invocados, ni menos incumplimiento de la obligación a cargo de la administradora de riesgos laborales, por lo que solicitó negar el amparo.

3.4. La **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A.**, expresó que el pago de las incapacidades superior al día 540 no recae en los fondos de pensiones, sino que están a cargo de las entidades promotoras de salud EPS, quienes administran los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y dentro de estos se encuentra incluido este rubro, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho

concepto, ante la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud.

Agregó que el fondo de pensiones no adeuda suma alguna a favor del accionante, como quiera que fueran reconocidas todas las incapacidades a su cargo.

Acotó que, no existe vulneración de los derechos fundamentales respecto de la pérdida de capacidad laboral del accionante, por cuanto ésta ya fue calificada por la Compañía de Seguros de Vida Alfa S.A., quien calificó el origen y la pérdida de capacidad laboral del afiliado determinando un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 17.50%, el cual es inferior al 50%, por lo que no es procedente el reconocimiento por parte de la Administradora del pago de las incapacidades, pues no alcanzó a la posibilidad de acceder a la pensión de invalidez establecida en la Ley, por lo que, es responsabilidad del empleador en reubicar laboralmente al trabajador incapacitado, en aplicación del principio- *Trabajadores en situación de discapacidad gozan de estabilidad laboral reforzada.*-

Por último, solicitó negar el amparo por improcedente y en su lugar ordenar a la EPS Famisanar realizar el pago de todas las incapacidades expedidas con posterioridad al día 540 de incapacidad continua de conformidad a las normas legales vigentes.

3.5. Por su parte, **FAMISANAR EPS** manifestó que el accionante cuenta con 667 días de incapacidad desde el 22 de mayo de 2015 al 1° de junio de 2022, así: (i) Incapacidad continúa del 06-05-2020 al 01-06-2022 por un total de 633 días, de los cuales cumplió 180 días el 15 de febrero de 2021 y 540 días el 13 de febrero de 2022. Además, se emitió concepto de rehabilitación favorable el 30 de noviembre de 2020 recibida vía correo electrónico por la Administradora del Fondo de Pensiones.

Señaló que, para proceder al reconocimiento de las incapacidades posteriores al día 540 a partir del 01/08/2017 (sic), es necesario que el accionante allegue la documentación establecida en el decreto 1333 de 2018 que fijó los parámetros para el pago de las incapacidades superiores a 540 días, esto es, (i) Certificado de pago de incapacidades emitido por el Fondo de Pensiones. (Para evitar pagos dobles); (ii) Carta del Fondo de Pensiones donde remite el caso del usuario a la EPS; (iii) Calificación de Pérdida de Capacidad laboral (Obligatorio), documentación que estará sujeta a validación, toda vez que, si la calificación es mayor al 50% por políticas de la Compañía, no se aplicará el reconocimiento de incapacidades posterior al día 540, caso en el cual el usuario debe gestionar la pensión. Así las cosas, consideró que no existe amenaza a los derechos fundamentales invocados, puesto que los hechos que han generado la misma no corresponde a actos u omisiones de la entidad accionada, por lo que solicitó negar el amparo.

3.6. La **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** informó que verificada la base de datos de la entidad, no se encontró registro del caso pendiente de trámite de calificación respecto del accionante. No obstante, aclaró que por disposición legal, la Junta Regional de Calificación de Invalidez no remite el expediente de calificación hasta tanto no se allegue la consignación de los honorarios a nombre de la Junta Nacional, por lo que, no es dable adelantar ninguna gestión sin haberse recibido el informativo.

Agregó, no tener injerencia en los hechos que motivaron la acción, pues las pretensiones van encaminadas a que Famisanar EPS gestione el trámite para el reconocimiento y pago de las incapacidades, calificación de pérdida de capacidad, siendo responsabilidad exclusiva de la EPS, el Fondo de Pensiones o la ARL, por tal razón, solicitó la improcedencia de la acción y desvinculación al presente trámite.

3.7. A su turno, la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES** - realizó un recuento de los derechos a la salud, seguridad social, vida digna y dignidad humana dentro del ordenamiento jurídico y su relevancia constitucional, así como la responsabilidad de las entidades promotoras de salud frente a su efectividad.

De otro lado, adujo que no es función de la Administradora- Adress el pago de las incapacidades inferiores a 540, ni determinar la pérdida de capacidad laboral, calificar el grado de invalidez u origen de las contingencias, las cuales están en cabeza de la EPS, Fondo de Pensiones o la ARL, por lo que, la vulneración a los derechos fundamentales invocados no es atribuible a la entidad, situación por la que invocó la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Enfatizó que es obligación de la EPS garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a los afiliados con la conformación de la red de prestadores, de ahí que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, de tal manera que no pongan en riesgo la vida o salud, principalmente cuando el sistema de seguridad social en salud contempla diferentes mecanismos de financiación de los servicios garantizados plenamente a las EPS.

Por último agregó frente al reconocimiento y pago de las incapacidades que en la Sentencia T-401 de 2017 la Honorable Corte Constitucional indicó claramente las entidades que deben asumir el pago de las incapacidades, que para el caso que nos ocupa corresponde a la EPS según el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015. Así mismo, según el modelo de aseguramiento en salud establecido en la Ley 100 de 1993, le asignó a las Entidades Promotoras de Salud-EPS la responsabilidad del reconocimiento y pago de las incapacidades por enfermedad general a los afiliados cotizantes al régimen contributivo, en la que dispuso para la financiación que el Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS, efectuaría un reconocimiento a las EPS equivalente a un porcentaje sobre el ingreso base de cotización de cada afiliado, con cargo a los recursos del régimen contributivo.

Adujo, con respecto al trámite de calificación de invalidez que en primera medida le corresponde a la EPS, AFP o ARL determinar la pérdida de capacidad del accionante, calificar el grado de invalidez y el origen de las contingencias y en caso de que el actor no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar la inconformidad dentro de los diez días siguientes, finalizado el término será remitida la actuación a la Junta Regional de Calificación de Invalidez cuya decisión es apelable ante la Junta Nacional y en contra de estas decisiones proceden las acciones legales. Así las cosas, solicitó su desvinculación ante la inexistencia de vulneración de las prerrogativas constitucionales.

3.8. El **CENTRO DE INVESTIGACIÓN EN FISIATRÍA Y ELECTRODIAGNÓSTICO-CIFEL-**, manifestó que el accionante fue atendido el 16 de enero de 2021, por consulta de medicina especializada fisiatría, quien tiene programada una cita de control por la especialidad para el próximo 13 de junio. Frente a las pretensiones indicó que no son de competencia de la IPS.

3.9. Por último, **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.** indicó que recibió por parte del Fondo de Pensiones Porvenir S.A., solicitud de calificación de pérdida de la capacidad del accionante, la que “*mediante dictamen No. 3773973 el 03 de mayo 2022 calificó las patologías de origen común del Accionante, fijándole un porcentaje de PCL del 17.50%, con fecha de estructuración 04 de mayo de 2022 y de origen enfermedad Común*”, resultado que fue notificado al actor, quien contaba con diez días para manifestar su inconformidad, evidenciándose que no radicó recurso de apelación, encontrándose en firme la calificación.

Frente a las pretensiones de la acción invocó la falta de legitimación en la causa por pasiva, como quiera que la entidad obligada a garantizar el pago de las prestaciones económicas y asistenciales de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud radica en cabeza de la EPS, razón por la que solicitó su desvinculación.

3.10. Respecto a vinculadas Ministerio de Salud y Protección Social, Junta Regional de Calificación de Invalidez y el Juzgado 20 Civil Municipal de Ejecución de Sentencias guardaron silencio, pese a haberse notificado en legal forma.

III. PROBLEMA JURÍDICO

En presente asunto el problema jurídico a resolver se circunscribe a determinar si se vulneraron o no los derechos fundamentales a la dignidad humana, al mínimo vital, a la seguridad social, a la salud y al trabajo.

IV. CONSIDERACIONES

1. Expuesto lo anterior se advierte que esta sede es competente para decidir la presente acción de tutela, conforme a lo previsto en el artículo el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015, en virtud del cual se expidió el “*decreto único reglamentario del sector justicia y del derecho*”.

2. La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, cuando los mismos resulten vulnerados por la acción u omisión de las autoridades o de un particular, que preste “*un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado subordinación o indefensión*”, y no cuente con otro mecanismo judicial para su salvaguarda.

Por esta razón, 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 se configure la amenaza que sobre él se cierne.

3. Importa precisa que hoy en día se ha reconocido que el derecho a la salud, dada su importancia, es un derecho fundamental autónomo y no derivado o conexo como se venía entendiendo, dejando de lado la tesis según la cual se le tenía como un derecho de carácter meramente prestacional, solo tutelable en la medida en que incidiera o afectara a uno de linaje fundamental.

De ahí que la Ley 1751 de 2015, «*Por Medio de la cual se Regula el Derecho Fundamental a la Salud y se Dictan Otras Disposiciones*», dispuso en su artículo 2° que «*El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de*

manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud».

En ese sentido, la garantía constitucional de toda persona a acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, contemplada dentro del derecho a la salud (artículo 49 Constitución Política), ha sido desarrollada por la jurisprudencia constitucional, haciendo énfasis en las condiciones de calidad, eficacia y oportunidad en las que los servicios deben ser prestados. Es pertinente mencionar que la seguridad social en salud fue instituida para brindar a las personas una calidad de vida, mediante programas creados por el Estado para proporcionar la cobertura integral de las contingencias que puedan afectar la salud de los habitantes del territorio nacional.

En virtud de ello, los artículos 2 y 3 de la Ley 100 de 1993 establecieron los principios de eficiencia, universalidad, integralidad y solidaridad que determinan que el Estado debe garantizar a todos los habitantes del territorio nacional, el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

Ahora bien, en el presente caso se pretende la protección de los Derechos Fundamentales de seguridad social, mínimo vital y salud y trabajo; los cuales, tienen carácter de fundamentales no sólo por su ubicación formal en la Constitución Política, sino además por su núcleo esencial y bien jurídico tutelado ampliamente definido por la Jurisprudencia Constitucional.

4. En tratándose del reconocimiento de incapacidades, la jurisprudencia constitucional ha indicado que, la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario para la protección de derechos fundamentales y por regla general, no es el medio idóneo para solicitar el reconocimiento y pago de prestaciones de tipo económico, dado que puede acudir ante la jurisdicción ordinaria en la especialidad laboral, para reclamarlas, según lo contempla el Código Sustantivo del Trabajo.

No obstante, toda vez que el reconocimiento de tales acreencias sustituye el salario del trabajador que por cuestiones de salud no puede realizar su actividad laboral de forma normal, su falta de reconocimiento afecta la condición económica del promotor y, en consecuencia, sus derechos al mínimo vital y a la salud, habida cuenta que su único sustento es el salario percibido. (C.C. Sentencia T-333 de 2013).

Al respecto ha reiterado la Corte Constitucional¹, que ante la falta de salario, el pago de incapacidades se constituye como la única fuente de ingresos del trabajador, a través de la cual puede suplir sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar. Aseguró que de declararse la improcedencia de la acción de tutela, se estaría dejando al azar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Adicionalmente, en la misma ocasión señaló que el incumplimiento en el pago de dicha prestación puede conllevar a que el accionante no consiga un estado de recuperación adecuado y opte por volver a trabajar ante la falta de ingresos. Además presentó dos casos en los que se recurrió a la tutela como un medio idóneo para solicitar el pago de incapacidades laborales. Sobre este aspecto indicó:

¹ Sentencia T-404 de 2010.

“Ahora bien, el derecho al pago de prestaciones económicas por incapacidades laborales no es, en sí mismo, un derecho fundamental. Por ese motivo, la acción de tutela no es en principio el medio judicial adecuado para perseguir el pago de la referida prestación. No obstante, si del derecho al pago de incapacidades laborales depende el goce efectivo, por ejemplo, del derecho fundamental al mínimo vital del trabajador y su familia, la tutela es procedente, pues se admite que, en esos casos (i) se busca de manera inmediata proteger un derecho fundamental y, además, (ii) evitar un perjuicio irremediable.”

En síntesis, la procedencia de la acción de tutela para solicitar el pago de acreencias laborales y específicamente de incapacidades, es de carácter excepcional y tiene su razón de ser, debido a que el pago de dicha prestación sustituye el salario en periodos en que el trabajador no se encuentra ejerciendo sus labores y se podrían ver afectados sus derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital de no reconocerse las incapacidades.

De modo similar, la acción de tutela se presenta como un mecanismo idóneo para solicitar el pago de incapacidades, cuando i) se trata de proteger un derecho de carácter fundamental y ii) se pretende evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.^μ

4.1. Asimismo, debe dejarse en claro que, en relación al régimen de incapacidades laborales, estas pueden ser de origen laboral o común.

Al respecto se tiene que, en virtud de lo señalado por el Decreto 2943 de 2013, el pago de las incapacidades desde el día 3 hasta el 180 es responsabilidad de las E.P.S. A su vez, el artículo 121 del Decreto Ley 19 de 2012, prescribe que el reconocimiento de dichas incapacidades debe ser adelantado de manera directa por el empleador; así mismo, para las que superan los 180 días el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 establece que dicha obligación recae en cabeza de los fondos de pensiones y para las aquellas posteriores al día 540 estarán a cargo de las EPS, según lo establece el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

Es así que, las primeras, de origen laboral, se encuentran definidas por el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013, y las responsables de su reconocimiento son las Administradoras de Riesgos Laborales, desde el día siguiente a su ocurrencia².

Y, referente a las incapacidades de origen común, la Corte Constitucional ha señalado que:

1. *(i) Los primeros dos días de incapacidad el empleador deberá asumir el pago del auxilio correspondiente.*
2. *(ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las EPS.*
3. *(iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las AFP, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.*
4. *(iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser*

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-161 de 2019.

enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

5. *De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente” (C.C. Sentencia T-020 de 2018).*

4.2. Sumado a lo anterior, a partir de la expedición de la Ley 1753 de 2015, que dispuso en el artículo 67, que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras cosas “[a] *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.*”. De manera que, la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a **540** días a las EPS.

Es por ello que, con fundamento en lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional “*ha reiterado que, a partir de la vigencia del precitado artículo 67 de Ley 1753 de 2015, en todos los casos en que se solicite el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad superior a 540 días, el juez constitucional y las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social están en la obligación de cumplir con lo dispuesto en dicho precepto legal, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales del afiliado*”³, sin importar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

Es así que, la Corte Constitucional en Sentencia T. 401 de 2017 concluyó que: “*la obligación de reconocer y pagar las incapacidades posteriores al día 540 estaba a cargo de las EPS, en virtud de la Ley 1753 de 2015. En tal sentido, estableció tres reglas para la aplicación de este mandato que, en términos generales, son las siguientes: (i) existe la necesidad de garantizar una protección laboral reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral y tienen incapacidades prolongadas pero su porcentaje de disminución ocupacional no supera el 50%; (ii) el deber legal impuesto a las EPS respecto de las incapacidades posteriores al día 540 es obligatorio para todas las autoridades y entidades del SGSSS. Sin embargo, cabe anotar que las entidades promotoras pueden perseguir lo pagado ante la entidad administradora del Sistema; y (iii) la referida norma legal puede aplicarse de manera retroactiva, en virtud del principio de igualdad*”.

5. De acuerdo a los anteriores recuentos legales y jurisprudenciales, corresponde verificar si en el caso, es procedente disponer o resolver por este medio sobre el reconocimiento del pago de incapacidades al accionante, generadas desde el 20 de marzo de 2022 hasta la fecha, por cumplirse las subreglas de la H. Corte Constitucional y de ser así a quien corresponde su cancelación.

Sea lo primero precisar que el presente asunto, resulta justificable la acción de tutela, pues se invoca el derecho al mínimo vital que es de aquellos que tienen el carácter de fundamental según la Carta Política, por lo que la acción iría encaminada a protegerlo; y además, porque con ello se pretende evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, pues como lo manifiesta el actor en la acción constitucional, al no recibir el pago de incapacidades queda desamparado económicamente ya que el salario que recibía era el sustento de su diario vivir,

³ Corte Constitucional. Sentencia T-161 de 2019.

quedando imposibilitado para responder por sus obligaciones y las de su núcleo familiar, por lo que se dará paso al estudio del derecho peticionado.

Aclarado lo anterior, de la revisión del plenario se advierte que el actor pretende el cobro de las incapacidades generadas a partir del **(i)** 20 de marzo de 2022 al 17 de abril de 2022, **(ii)** 18 de abril de 2022 al 01 de mayo de 2022, **(iii)** 03 de mayo de 2022 al 17 de mayo de 2022, **(iv)** 18 de mayo de 2022 al 1 de junio de 2022 y **(v)** las que se continúen generando hasta que se reintegre a sus labores o en su defecto se inicie el pago de pensión de invalidez, sin embargo, de la lectura de las mismas se observa que fueron emitidas por una “*enfermedad general y/o común*”, por ende, el régimen aplicable a las mismas es el correspondiente al de las enfermedades de origen común.

Aunado a ello, del material probatorio obrante en el trámite, se encuentra que, de acuerdo al histórico de incapacidades allegado por Famisanar EPS., el señor Edwin Johan Peña Duque ha sido incapacitado por una enfermedad general desde el 22 de mayo de 2015 hasta el 1° de junio 2022, última data reportada, con un acumulado total de 677 días, por lo que el día 541 tuvo lugar el 13 de febrero de 2022, con un concepto de rehabilitación favorable del 30 de noviembre de 2020, remitido por la Administradora del Fondo de Pensiones Porvenir S.A.

Así que se infiere que a partir del día 541 de incapacidad, es decir, el 13 de febrero de 2022, estaba en cabeza de la EPS accionada efectuar el pago del subsidio peticionado, si bien, en su contestación manifestó que para el reconocimiento de estas era necesario que el usuario aportara la documentación pertinente, lo cierto es que ésta corresponde a una carga administrativa que no puede ser impuesta al trabajador como pretexto para negarle el acceso al pago, sin tenerse en cuenta que la vulneración de los derechos invocados por el promotor es continuada y persiste, toda vez que, se ha prolongado en el tiempo y a la fecha sigue sin percibir, por parte de la accionada el pago de las incapacidades superiores a los 540 días que le fueron otorgadas, situación que, como lo ha informado el actor, el sostenimiento económico ha sido imposible debido a su estado de salud.

En esa medida, lo que se evidencia es que a pesar de haberse realizado todas las gestiones requeridas ante las entidades acusadas, lo cierto es que aquellas incapacidades causadas entre **(i)** 20 de marzo de 2022 al 17 de abril de 2022, **(ii)** 18 de abril de 2022 al 01 de mayo de 2022, **(iii)** 03 de mayo de 2022 al 17 de mayo de 2022, **(iv)** 18 de mayo de 2022 al 1° de junio de 2022, no han sido canceladas por la accionada Famisanar E.P.S., circunstancia que afecta el mínimo vital de Edwin Johan Peña Duque, dado que el pago de las mismas constituye su único ingreso económico, máxime si en cuenta se tiene que, las incapacidades constituyen la única fuente de ingresos que obtiene el trabajador ante la imposibilidad de poder desarrollar de manera habitual las labores contempladas para su cargo (conductor de vehículo), debido a su estado de salud, resultando, de esta manera, insostenibles las obligaciones en el hogar como arriendos, servicios públicos, alimentación, colegios, entre otros, mientras persista la negativa en el pago de las incapacidades que se le adeudan.

Puestas las cosas de esa manera, encuentra esta juzgadora que el pago de las incapacidades ordenadas al accionante por parte de los médicos tratantes de la EPS debe ser asumido, sin demora alguna, por la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD E.P.S. FAMISANAR S.A.S., a la que pertenece el peticionario, y/o hasta que se determine que, debido a su calificación de pérdida de capacidad laboral, debe acceder a la pensión por invalidez, por lo que, se concederá las prerrogativas constitucionales para, en su lugar, ordenar a ésta que en un

término no superior a 48 horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, si aún no lo ha hecho, reconozca y pague las incapacidades causadas a Edwin Jhoan Peña Duque, a partir del 20 de marzo de 2022 y hasta el 1° de junio de 2022, sin alegar carga administrativa alguna, en especial, cuando en el trámite la Administradora de Pensiones, al que está afiliado el señor señaló que no las ha pagado.

6. De otra parte, respecto de las entidades encargadas de calificar la pérdida de la capacidad laboral, debe señalarse que el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, establece que *“Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales -ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales”.*

En efecto, según se desprende del informe rendido por la Administradora del Fondo de Pensiones Porvenir a la que se encuentra afiliado el convocante, el cual se entiende rendido bajo la gravedad de juramento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto 2591, se establece que el 4 de mayo de 2022 le fue notificada al tutelante, a través de correo electrónico registrado en el escrito tutelar, el dictamen de calificación con respecto a las patologías padecidas y sustentadas en las Historias Clínicas por parte de la Compañía Seguros de Vida Alfa S.A., respuesta que a todas luces resulta satisfactoria, pues las circunstancias que han dado origen a la solicitud amparo, respecto a que se haga el trámite para la determinar su capacidad laboral, han desaparecido perdiendo su razón de ser, siendo procedente concluir que en este aspecto no existe vulneración o amenaza de las prerrogativas constitucionales de que es titular el aquí actor.

Lo que se refuerza con lo informado por **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.**, que señaló que, por solicitud de la AFP, emitió *“dictamen No. 3773973 el 03 de mayo 2022 calificó las patologías de origen común del Accionante, fijándole un porcentaje de PCL del **17.50%**, con fecha de estructuración **04 de mayo de 2022** y de origen **enfermedad Común**”*, resultado que fue notificado al actor, quien contaba con diez días para manifestar su inconformidad, evidenciándose que no radicó recurso de apelación, por lo que se encontraba en firme la calificación.

7. Finalmente, en punto al tratamiento integral solicitado por este excepcional mecanismo de protección, cumple precisar que constituye una garantía para la continuidad del servicio de salud y comprende la totalidad de las prestaciones requeridas sin la necesidad de interponer acciones de tutela por cada orden médica.⁴

Al respecto, la Corte Constitucional ha determinado que: *“Por lo general, se ordena cuando (i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello ponga en riesgo los derechos*

⁴ Sentencia T-259 de 2019.

fundamentales del paciente. Igualmente, se reconoce cuando (ii) el usuario es un sujeto de especial protección constitucional (como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas); o con aquellas (iii) personas que “exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas”.

Pese a lo anterior cabe recordar que los servicios a que se ha referencia “son aquellos que el profesional de la salud estime pertinentes para atender el padecimiento que se presente. Al respecto, la Corte ha señalado que: “(...) el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta, lo cual supone que las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud se encuentran sujetas a los conceptos que emita el personal médico, y no, por ejemplo, a lo que estime el paciente. En tal sentido, se trata de garantizar el derecho constitucional a la salud de las personas, siempre teniendo en cuenta las indicaciones y requerimientos del médico tratante.”⁵.

En tal sentido, es preciso anotar que, si bien el actor dada sus constantes incapacidades puede ser considerado un sujeto de especial protección constitucional, no se advierte que las patologías por él padecidas sean de tal gravedad que conlleven a unas condiciones de salud extremadamente precarias o indignas o que la entidad accionada de manera reiterada evada su responsabilidad en torno a la prestación del servicio a su cargo, pues se ha demostrado que ha realizado todas las gestiones administrativas tendientes a garantizar la atención médica al promotor del amparo autorizando todos los procedimientos e insumos que le han sido ordenados para el manejo de sus enfermedades. En razón a ello, y debido a que no existe tampoco orden del profesional tratante respecto a protección integral para los padecimientos reseñados, no se accederá a dispensar la protección constitucional por este concepto.

8. En este orden de ideas, como quiera Famisanar EPS ha lesionado los derechos al mínimo vital del accionante, al no cancelarle las incapacidades generadas desde el 20 de marzo de 2022 al 1° de junio de 2022, se concederá la salvaguarda y se ordenará su pago, conforme lo indicados en líneas anteriores, frente a los demás reclamos no se accederá al amparo.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto **el Juzgado Diecinueve (19) Civil Municipal de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VI. RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, vida digna y mínimo vital de EDWIN JHOAN PEÑA DUQUE, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: En consecuencia de lo anterior, ORDENAR a **FAMISANAR EPS** que, por conducto de su Representante Legal Judicial y/o quien haga sus veces, en un término no superior a 48 horas, contadas a partir de la notificación del presente fallo, si aún no lo ha hecho, reconozca y pague las incapacidades causadas a Edwin Jhoan Peña Duque, a partir del 20 de marzo de 2022 y hasta el 1° de junio de 2022, sin alegar carga administrativa alguna.

⁵ Sentencia T-062 de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

TERCERO: DESVINCULAR a las demás entidades.

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

QUINTO: Si el actual proveído no es impugnado, remítase el presente expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase,

**IRIS MILDRED GUTIÉRREZ
JUEZ**

Firmado Por:

**Iris Mildred Gutierrez
Juez Municipal
Juzgado Municipal
Civil 019
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: **2452e616862bb1ad523c71fdc7fcf3562518bc383da8f1d2e7bdd9784c38de0e**

Documento generado en 09/06/2022 06:47:56 PM

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