



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Juzgado Cuarto Civil Municipal de Bogotá

Trece (13) de febrero de dos mil veinte (2020)

Ref: Tutela. 110014003004-2020-00052-00

1. Luz Marina Franco Salazar, identificada con la cédula de ciudadanía número 39.639.677, presentó acción de tutela contra Famisanar E.P.S., por considerar ha vulnerado sus derechos fundamentales, basándose en los siguientes hechos:

Manifestó estar vinculada laboralmente con la empresa jardines del apogeo y E.P.S. Famisanar.

Que desde el año 2013 padece de males en su garganta, razón por la cual el 15 de octubre de 2015 le practicaron cirugía y terapias de voz.

Lo anterior originó la reubicación de su puesto de trabajo y expedición de incapacidades, de las cuales, desde el mes de septiembre de 2019 no recibe pago alguno.

Por lo tanto solicitó la protección de sus derechos fundamentales, ordenando a Famisanar E.P.S. la cancelación inmediata de sus licencias dejadas de percibir.

2. La acción constitucional fue admitida en auto del 4 de febrero de 2020, disponiendo notificar a la entidad accionada y vinculando a Colpensiones y Empresa Jardines del apogeo.

El 11 de febrero siguiente, se vinculó a la A.R.L. Seguros de Vida Suramericana.

2.1. La Empresa Jardines del Apogeo, manifestó que conforme al historial que registra la accionante, aquella viene siendo incapacitada desde el año 2014 por enfermedad común, aclarando que el respectivo pago lo realizó hasta 31 de agosto de 2019, día número 180 .

Así, precisó que conforme lo establecido por el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, si bien la E.P.S. no está obligada a reconocer una incapacidad superior a 180 días, estará sujeta al deber de reconocer un subsidio equivalente a la incapacidad que venía asumiendo, en el evento de no haber expedido el concepto de rehabilitación con destino a la administradora de pensiones.

2.2. Famisanar E.P.S., informó que la accionante cuenta con 1384 días de incapacidad del 30/06/2000 al 06/02/2020, presentando interrupción del 30/11/2018 al 15/01/2019, que actualmente continúa incapacitada del 16/01/2019 al 06/02/2020 por un total de 379 días, cumpliendo 180 días el 14/07/2019.

Razón por la cual indicó que no está legitimada en la presente causa para asumir la responsabilidad de las pretensiones aducidas, por cuanto el pago de las incapacidades en este caso se encuentra en cabeza de Colpensiones.

2.3. Colpensiones, señaló que verificado el histórico de la accionante no observó que la E.P.S. hubiese remitido el CRE (sic) ante esa administradora, por lo que la obligación de pago de incapacidades recae ante la E.P.S. hasta tanto no allegue dicho certificado de conformidad con lo estipulado en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012.

2.4. A.R.L. Seguros de Vida Suramericana, en el trámite de la instancia guardó silencio.

3. Consideraciones.

Respecto al pago de incapacidades, ha dicho la jurisprudencia constitucional que por tratarse de un tema de carácter económico, en principio la acción de tutela es improcedente habida cuenta que el accionante cuenta con otros medios de defensa judicial como lo es el de acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral para reclamar temas relacionados con acreencias laborales, tal como se encuentra contemplado en el Código Sustantivo del Trabajo.

No obstante, ha admitido la procedencia de este mecanismo constitucional cuando el no pago vulnera derechos fundamentales como la vida digna, la salud, el mínimo vital y la subsistencia. La Corte Constitucional ha considerado que el pago de incapacidades laborales es un derecho que puede ser protegido mediante acción de tutela,

cuando esta prestación constituye la única fuente de ingresos del trabajador y de su familia. Específicamente ha dicho:

"(...) 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.

Ahora, se debe tener en cuenta que, según la normatividad que regula el tema, las incapacidades iniciales por concepto de enfermedad general, están a cargo de la E.P.S. donde se encuentre afiliado el incapacitado.

Al respecto se ha indicado que dentro del ordenamiento legal se ha contemplado el reconocimiento de incapacidades laborales y se ha determinado igualmente cuando están a cargo del empleador, las E.P.S., o en su defecto a cargo del Fondo de Pensiones y Cesantías. Concretamente la Ley 100 de 1993 estableció en su artículo 206 lo siguiente:

"Incapacidades. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157², el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras (...)."

De manera que de la disposición anterior se deriva que las entidades del Sistema de Salud son las responsables en principio, del pago de las incapacidades originadas en enfermedad general por los primeros 180 días.

Ahora, la Corte Constitucional ha estudiado el tema relativo al pago de incapacidades, en los casos en que aquellas se prolongan por más de 180 días, estableciendo

1. Sentencia T/422 del 2010. Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa.

2. Debe precisarse que el literal a) del artículo 157 *Ibídem* se refiere a los afiliados al sistema mediante el régimen contributivo, es decir, a las personas vinculadas con contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago.

los parámetros que conforme a la Ley, (principalmente en lo que respecta a las modificaciones introducidas por el Decreto 019 de 2012) debe seguir el Juez Constitucional en los casos en que se deba establecer a cargo de quien se encuentra la obligación de sufragar dichas incapacidades.

Al efecto ha manifestado el órgano de cierre constitucional:

"El reconocimiento de las incapacidades laborales, tras la entrada en vigencia del Decreto Ley 19 de 2012.

El artículo 121 del Decreto Ley Antitrámites les atribuyó a los empleadores la obligación de gestionar directamente ante las EPS, el reconocimiento de las incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La norma prohíbe trasladarles a los afiliados dicha carga y advierte que, para efectos laborales, estos deben informarle a su empleador sobre la expedición de la respectiva incapacidad o licencia.

Más adelante, el artículo 142 le adicionó dos párrafos al artículo 41 de la Ley 100 de 1993, sobre el procedimiento de la calificación del estado de invalidez. Los nuevos párrafos son los siguientes:

Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no

expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.

Así, vistas las modificaciones que introdujo el Decreto Ley 19, la Sala encuentra que el esquema de responsabilidades de los actores del SGSSI en el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales de origen común sigue siendo el mismo, con una salvedad, relativa a que las EPS asumirán por cuenta propia el pago de las incapacidades laborales superiores a 180 días, cuando retrasen la emisión del concepto médico de rehabilitación."

4. Caso concreto.

Una vez revisado el plenario se encuentra probado que la señora Luz Marina Franco Salazar, para la época de generación de las incapacidades que aquí se estudian, se encontraba afiliada a Famisanar E.P.S. en calidad de cotizante, y al Fondo de Pensiones Colpensiones (folio 16).

Que le prescribieron sendas incapacidades por parte de su médico tratante en razón a su estado de salud, cuyo periodo actual corresponde desde el 16 de enero de 2019 hasta el 6 de febrero de 2020 - 379 días - cumplido los 180 días el 14 de julio de 2019 (folio 4 a 7), pero que le ha sido negado el pago del tiempo del 1 de septiembre de 2019 en adelante, por parte de Famisanar E.P.S.

En ese orden, el objeto de estudio se contrae a determinar únicamente, si dicha negativa de pago transgrede los derechos fundamentales invocados por la actora.

Así las cosas, sustenta la defensa de Famisanar E.P.S., que las incapacidades que superan los 180 días corresponde sufragar al fondo de pensión al cual está afiliada la paciente, esto es, Colpensiones.

Sobre el particular es menester precisar que, de acuerdo a los apartes jurisprudenciales y normativos traídos a colación, en principio si son las administradoras de los fondos de pensiones las encargadas de cubrir las sumas que por concepto de incapacidades superen los 180 días, sólo si,

las E.P.S'S, envían el concepto de rehabilitación del afiliado a la respectiva Administradora del Fondo de Pensiones, dentro del término señalado para el efecto, pues de lo contrario deberán asumir dicho pago en los términos que señala el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, que a su tenor reza: "Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto".

Así pues, se tiene que Famisanar E.P.S., no acreditó haber emitido el correspondiente concepto de rehabilitación, dentro del término legal (120 a 150 días), ya que si bien allego como prueba a su favor la emisión de un concepto favorable a favor de la accionante, lo cierto es que aquel fue recibido por Colpensiones el 23 de marzo de 2017 (folio 38 a 40), siendo anterior al periodo actual de incapacidades que se discuten en esta oportunidad - desde el 16 de enero de 2019 hasta el 6 de febrero de 2020 - 379 días - cumplido los 180 días el 14 de julio de 2019 (folio 4 a 7).

Luego, resulta forzoso concluir que en el asunto de marras, el pago de las incapacidades prescritas a la actora se encuentra a cargo de Famisanar E.P.S., hasta cuando emita el concepto respectivo, según corresponda.

En ese orden de ideas, se entiende que la entidad Famisanar E.P.S., no puede sustraerse de su obligación de cancelar las incapacidades a favor de la señora Luz Marina Franco Salazar, ya que se trata de una trabajadora dependiente que solicitó el amparo a sus derechos fundamentales, la cual al estar incapacitada de manera continua, se presume que se le imposibilita percibir ingreso económico alguno distinto a su salario.

Como consecuencia de lo anterior, éste Despacho ordenará a Famisanar E.P.S., el pago de las incapacidades a la accionante, hasta cuando emita el concepto respectivo, según corresponda, y lo notifique a la respectiva Administradora del Fondo de Pensiones.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

Tutela: 110014003004-2020-00052-00
Actor: Luz Marina Franco Salazar.
Accionada: Famisanar E.P.S.

Resuelve:

Primero: Conceder la acción de tutela interpuesta por Luz Marina Franco Salazar, contra Famisanar E.P.S., por las razones manifestadas en la presente providencia.

Segundo: Ordenar al representante legal o quien haga sus veces de Famisanar E.P.S., que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de éste fallo, en caso de no haberlo hecho, proceda a pagar a la accionante Luz Marina Franco Salazar, las incapacidades prescritas por su médico tratante, hasta cuando emita el concepto respectivo, según corresponda, y lo notifique a la respectiva Administradora del Fondo de Pensiones.

Tercero: Negar las pretensiones de tutela frente a Colpensiones, Empresa Jardines del Apogeo y A.R.L. Seguros de Vida Suramericana, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente fallo.

Cuarto: Ordenar la notificación de ésta determinación a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.

Quinto: Disponer la remisión del expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de no ser impugnado el fallo.

Notifíquese y Cúmplase.

La Jueza,


Maria Fernanda Escobar Orezco