

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



**JUZGADO SEGUNDO 2º MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE
BOGOTÁ D.C.**

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001 41 05 002 2023 01129 00

ACCIONANTE: AURA MARIA RODRIGUEZ

ACCIONADA: EPS FAMISANAR

Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

S E N T E N C I A

La suscrita juzgadora procede a resolver la acción de tutela promovida por AURA MARIA RODRIGUEZ en contra de EPS FAMISANAR, en los términos y para los fines concebidos en el escrito de solicitud de amparo constitucional.

ANTECEDENTES

AURA MARIA RODRIGUEZ promovió acción de tutela en contra de EPS FAMISANAR, para la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital, seguridad social, debido proceso, trabajo e igualdad, presuntamente vulnerados por la accionada, al abstenerse de reconocer y pagar las incapacidades que fueron autorizadas junto con las que se encuentren en curso.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que se encuentra vinculada en salud con la accionada en virtud de un contrato de trabajo que mantiene con la “panadería y restaurante el olimpico” (sic), y que cuenta con el diagnóstico de «TENOSINOVITIS CRONICA DE FLEXORES DEL PULGAR EN MANO DERECHA CON ADHERENCIAS TENDINOSAS DE FLEXOR LARGO DELM PULGAR EN LA ZONA ETC».

Relató que el veintiséis (26) de junio de dos mil veintitrés (2023) su empleador presentó cuenta de cobro de las incapacidades generadas a la accionada; sin embargo, esta negó el pago.

Manifestó que su empleador ha pagado ordinariamente sus obligaciones a la seguridad social y que a la fecha de radicación de la tutela han transcurrido más de tres meses sin que se paguen las incapacidades radicadas.

Informó que las ventas en el restaurante no dan un margen para el pago del mantenimiento incluyendo sus salarios, por lo que requiere de manera urgente estos recursos.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

EPS FAMISANAR señaló que se encuentra realizando todas las gestiones administrativas pertinentes para materializar los servicios requeridos por la accionante y que la EPS no ha negado el reconocimiento y pago de las incapacidades toda vez que está validando y gestionando las mismas por lo que requiere de un tiempo razonable y prudencial debido a que debe agotar unos trámites administrativos.

Adujo que la pretensión de pago de incapacidades resulta improcedente toda vez que la promotora no acreditó la afectación de algún derecho fundamental por lo que cuenta con otro mecanismo de amparo, razón por la cual, solicitó que se denegara la tutela.

OLIMPICO MYM S.A.S. guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Dentro de la presente acción de tutela corresponde determinar si la accionada ha vulnerado los derechos fundamentales de la parte actora, al abstenerse de reconocer y pagar las incapacidades que le han generado y en cabeza de quién recae el pago de las mismas.

CONSIDERACIONES

De la acción de tutela

Conforme al Artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando estos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona que se encuentre en estado de subordinación o indefensión, a fin de obtener la pronta y

efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

Del pago de incapacidades por parte de la EPS y la AFP

El artículo 206 de la Ley 100 de 1993 establece: “*para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes*”, acorde con dicha disposición, es la EPS la encargada de cubrir las prestaciones económicas procedentes de incapacidad médica, cuando la misma sea generada con ocasión a una enfermedad de origen común.

Ahora, de conformidad con el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, las EPS deben cubrir hasta ciento ochenta (180) días de incapacidades.

A su vez, los incisos 5° y 6° del artículo 142 del Decreto Ley 0019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, a su vez modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, dispone:

“(..). 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 (sic) 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.

(..).”

De conformidad con lo expuesto previamente, el pago del auxilio de incapacidad a favor de los afiliados cotizantes estará a cargo de la Entidad Promotora de Salud por los primeros 180 días, quien a su vez tiene la obligación de emitir concepto de rehabilitación antes del día 120 y enviarlo a la AFP antes de que se cumpla el día 150 de incapacidades ininterrumpidas. Así las cosas, cuando exista concepto favorable de rehabilitación, le corresponderán a la Administradora de Fondos de

Pensiones – AFP el pago de las incapacidades que se generen a partir del día 181 y hasta por un término máximo de 360 días calendario.

Frente al tema analizado, la Corte Constitucional en la sentencia T-401 de 2017, recordó las reglas generales para el reconocimiento de incapacidades así:

“(i) Los primeros dos días de incapacidad el empleador deberá asumir el pago del auxilio correspondiente.

(ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las EPS.

*(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.***

(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 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.

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.”

En este mismo orden de ideas, se puntualizó en la sentencia a que se ha hecho referencia, que en los casos donde superados los 180 días sin emitir concepto de rehabilitación por parte de la EPS, el pago de las incapacidades seguirá siendo asumido por la EPS hasta tanto emita dicho concepto. De igual forma, aclaró que en reiteradas posturas ha sido indicado por el máximo Órgano Constitucional que no importa que el concepto de rehabilitación sea desfavorable, dichos pagos de incapacidades deben ser asumidos por la AFP. Al respecto señaló:

“Respecto del concepto favorable de rehabilitación conviene destacar que, conforme al Decreto Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal. Luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150 a la AFP que corresponda. No obstante, en los eventos en que no se cumpla con tales plazos, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

Es necesario enfatizar en que el concepto favorable o desfavorable de recuperación, es una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral. Este asegura que el proceso de calificación de la disminución ocupacional se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador.

(...)

Al respecto, cabe indicar que la norma legal referida no prevé expresamente la entidad que tiene a cargo los subsidios de incapacidad posteriores al día 180 cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación. Pese a ello, la jurisprudencia constitucional ha indicado que una de las entidades del SGSS debe asumir el subsidio de incapacidad en estos casos pues la indeterminación legal no es una carga que deba ser soportada por el afiliado quien, por demás, se encuentra en situación de vulnerabilidad debido a sus condiciones de salud. Además, ello desconocería la igualdad en relación con los trabajadores afectados por enfermedades de origen laboral.

*Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia **T-920 de 2009** que **las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones** hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%. Dicha regla ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones.”*

Subsidiariedad de la acción de tutela

La acción de tutela es de carácter subsidiario, por cuanto debe verificarse que el afectado no cuente con otro mecanismo judicial para la protección de sus derechos fundamentales. Sin embargo, esta regla cuenta con una excepción, según la cual la tutela es procedente como mecanismo transitorio cuando se advierta la existencia de un perjuicio irremediable.

En torno a esta figura, la Corte Constitucional ha indicado que para que exista un perjuicio irremediable es preciso que el mismo sea cierto, inminente, grave y de urgente atención. Tal como dispuso en sentencia T-583 de 20101:

“la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos

constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados”.

Por ello, si el accionante se abstiene de evidenciar la ocurrencia del perjuicio irremediable según las reglas anotadas, la acción se tornará improcedente. Así entonces, la prueba de tal circunstancia es un requisito fundamental para la prosperidad de la acción de tutela, motivo por el cual, no es suficiente la afirmación de que su derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable; es necesario, que el petente explique en que consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al Juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión, de lo contrario, el problema sólo podrá resolverse por la vía ordinaria.

Existencia de otro mecanismo de defensa judicial.

El artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, establece las causales de improcedencia de la acción constitucional así:

“ARTICULO 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:

- 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.*
- 2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.*
- 3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.*
- 4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.*
- 5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.”*

DEL CASO EN CONCRETO

La accionante interpuso acción de tutela en contra de EPS FAMISANAR, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al obtenerse de reconocer y pagar las incapacidades que le han generado.

Así las cosas, dentro de la documental aportada con la acción de tutela, se encuentra demostrado que, en efecto, a la accionante le fueron expedidas las siguientes incapacidades:

| INCAPACIDAD | INICIO | FIN | DIAS | FOLIO |
|-------------|------------|------------|------|------------|
| 0009079054 | 04/10/2022 | 23/10/2022 | 20 | 09- PDF 01 |
| 0009355931 | 23/01/2023 | 21/02/2023 | 30 | 10- PDF 01 |
| 0009475189 | 23/03/2023 | 25/03/2023 | 03 | 11- PDF 01 |
| 1786899 | 13/04/2023 | 12/05/2023 | 30 | 07- PDF 01 |
| 0009569452 | 12/05/2023 | 10/06/2023 | 30 | 08- PDF 01 |
| | 23/08/2023 | 06/09/2023 | 15 | 12- PDF 01 |

Por otra parte, el Despacho no realizará mención alguna respecto a la incapacidad aportada del cotizante JHON RAFAEL CARDONA OSORIO (parte final folio 07 PDF 01), como quiera que es un sujeto ajeno a la presente acción de tutela, el cual no busca ningún amparo de sus derechos fundamentales.

Por su parte, la EPS accionada al rendir informe, señaló que no ha negado el pago de las incapacidades y que se encontraba realizando las labores administrativas correspondientes por lo que solicitó una prórroga; a pesar de ello, más allá de lo manifestado en la contestación que rindió el trece (13) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), a la fecha de la presente decisión no aportó prueba que acreditara haber realizado el pago de las incapacidades ya señaladas.

No obstante, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 121 del Decreto 019 de 2012, que dispone que el reconocimiento y pago de incapacidades por enfermedad general a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, debe ser adelantado directamente por el empleador ante las EPS, **sin que en ningún caso sea admisible, trasladar dicha carga al afiliado, con el fin de que obtenga el reconocimiento de la prestación económica.**

Por lo que teniendo en cuenta que no se encuentra demostrado que quien funge como empleador, esto es, OLIMPICO MYM S.A.S., cancelará las incapacidades generadas a la trabajadora y en aras de garantizar los derechos fundamentales de la parte actora, se dispondrá el amparo de los referidos derechos deprecados y se ordenará a OLIMPICO MYM S.A.S. a través de su Representante Legal HELIO ALEXANDER MORENO NOSSA o quien haga sus veces, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta

sentencia, proceda a pagar a la accionante en **caso de que no lo haya hecho** las siguientes incapacidades:

| INCAPACIDAD | INICIO | FIN | DIAS | FOLIO |
|-------------|------------|------------|------|------------|
| 0009079054 | 04/10/2022 | 23/10/2022 | 20 | 09- PDF 01 |
| 0009355931 | 23/01/2023 | 21/02/2023 | 30 | 10- PDF 01 |
| 0009475189 | 23/03/2023 | 25/03/2023 | 03 | 11- PDF 01 |
| 1786899 | 13/04/2023 | 12/05/2023 | 30 | 07- PDF 01 |
| 0009569452 | 12/05/2023 | 10/06/2023 | 30 | 08- PDF 01 |
| | 23/08/2023 | 06/09/2023 | 15 | 12- PDF 01 |

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO 2° MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales a la seguridad social y vida digna de AURA MARIA RODRIGUEZ, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a OLIMPICO MYM S.A.S., cancelará las incapacidades generadas a la trabajadora y en aras de garantizar los derechos fundamentales de la parte actora, se dispondrá el amparo de los referidos derechos deprecados y se ordenará a OLIMPICO MYM S.A.S. a través de su Representante Legal HELIO ALEXANDER MORENO NOSSA o quien haga sus veces, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a pagar a la accionante en **caso de que no lo haya hecho** las siguientes incapacidades:

| INCAPACIDAD | INICIO | FIN | DIAS | FOLIO |
|-------------|------------|------------|------|------------|
| 0009079054 | 04/10/2022 | 23/10/2022 | 20 | 09- PDF 01 |
| 0009355931 | 23/01/2023 | 21/02/2023 | 30 | 10- PDF 01 |
| 0009475189 | 23/03/2023 | 25/03/2023 | 03 | 11- PDF 01 |
| 1786899 | 13/04/2023 | 12/05/2023 | 30 | 07- PDF 01 |
| 0009569452 | 12/05/2023 | 10/06/2023 | 30 | 08- PDF 01 |
| | 23/08/2023 | 06/09/2023 | 15 | 12- PDF 01 |

TERCERO: ADVERTIR que, en caso de presentarse impugnación contra la presente sentencia, deberá ser remitida únicamente al corre electrónico J02LPCBTA@CENDOJ.RAMAJUDICIAL.GOV.CO, EN UN HORARIO DE ATENCIÓN DE 8:00 A.M. A 01:00 P.M. Y DE 02:00 P.M. A 05:00 P.M.

CUARTO: En caso de que la presente sentencia no sea impugnada, por secretaría remitase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión.

QUINTO: Publicar esta decisión en la página de la Rama Judicial e informar a las partes la forma de consultarlo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Paula Carolina Cuadros Cepeda

Juez Municipal

Juzgado Pequeñas Causas

Laborales 2

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: **0c2806010e8d6e5c684d269f4eac417ac3558a9b27279a555c9e7dc6d93ca7f1**

Documento generado en 22/09/2023 06:02:45 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>