



**Juzgado 5° Civil Municipal de Bogotá**  
**Carrera 10 No. 14-33 piso 5 Teléfono/Fax: 2815639**  
**[cmpl05bt@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:cmpl05bt@cendoj.ramajudicial.gov.co)**

Bogotá D. C., veintisiete (27) de enero de dos mil veintiuno (2021).

**CODIGO TRÁMITE TUTELA: 199609**

**Ref: ACCIÓN DE TUTELA No. 110014003 005 2021 00007 00**

**ACCIONANTE: JAIRO SANCHEZ SANCHEZ.**

**ACCIONADO: FAMISANAR EPS S.A.**

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela de la referencia, una vez motivado en legal forma el trámite adecuado.

**I. ANTECEDENTES:**

El accionante, quien cuenta con 58 años de edad, manifiesta que se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud por intermedio de FAMISANAR EPS en calidad de cotizante y al Sistema de Seguridad Social en Pensiones a PORVENIR FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS.

Agregó que fue diagnosticado con “*M511 TRANSTORNO DE DISCO LUMBAR Y OTROS Y DISCOPATIA SEVERA*”, por lo que debe “*estar en tratamiento para evitar daños irreversibles*” en su “*salud y vida*”.

Destaca que, debido a la patología que padece su médico tratante le ha “*generado incapacidades de forma ininterrumpida desde 24 de Marzo del 2018 hasta la fecha*”. Agregó que cuenta “*con Concepto de Rehabilitación desfavorable de fecha 18/06/2018*”.

Añade que, el 1 de noviembre de 2019 radicó en el punto de “*Famisanar EPS de la CR 13 con 77 Oficina principal, los documentos requeridos para el reconocimiento y pago de incapacidades posteriores a los 540 días*”, sin embargo, señala, la EPS accionada en respuesta de 22 de noviembre de ese año, le informó que “*sin la calificación del fondo de pensiones no podían hacer el reconocimiento y pago de las incapacidades*”.

Indica que FAMISANAR EPS le ha negado el pago “*de las incapacidades expedidas posteriores a los 540 días*”, por lo que las expedidas desde el 21 de agosto de 2019 al 29 de diciembre de 2020, no le han sido reconocidas.

Finalmente, indica, que requiere el pago de las incapacidades “*para suplir*” sus “*necesidades básicas y las de su familia*”.

## 2. LA PETICIÓN

Solicitó se ampare sus derechos fundamentales a la vida, salud y mínimo vital y, en consecuencia, se ordene a la accionada *“reconocer liquidar y pagar las incapacidades médicas generadas por el médico especialista tratante y que me adeudan desde el **21 de agosto de 2019 al 29 de Diciembre de 2020**, y además las que sigan generando el médico tratante.”*.

### II. SINTESIS PROCESAL:

Por auto de 14 de enero de 2021, se admitió la acción y se ordenó notificar a la accionada. Igualmente, se dispuso vincular a AFP PORVENIR FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES y SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, y se les otorgó un plazo de dos (2) días para que brindaran una respuesta al amparo.

### EPS FAMISANAR SAS

Dio contestación a la acción constitucional, oponiéndose y solicitando se niegue por improcedente. Indicó que no se cumple con el requisito de inmediatez. Añadió que al promotor se le han expedido incapacidades, así *“Del 09/11/2017 al 29/12/2020 total 820 días, cumplió 180 días el 18/07/2018 y 540 **días el 27/08/2019**”*. Agregó que *“Mediante comunicado 788116 se le informo (sic) al cotizante que debía adjuntar la documentación que está establecida dentro de la EPS como política para estos casos como parte del seguimiento. 1. Certificado de pago de incapacidades desde el día 181 al día 540 emitido por el Fondo de Pensiones. 2. Carta del Fondo de Pensiones donde remite el caso del usuario a la EPS. 3. Calificación de pérdida de capacidad laboral. (Obligatoriamente), lo debe solicitar al Fondo de Pensiones. 4. Copia de la historia clínica de los especialistas de los últimos seis meses. 5. Copia de la historia clínica que soporta la Incapacidad tramitada. Está pendiente que el usuario nos allegue El dictamen de Pérdida de Capacidad laboral y la historia clínica que soporta cada incapacidad. (...) De acuerdo con lo anterior, es preciso indicar que, a la fecha de la presente acción de tutela, el señor JAIRO SANCHEZ SANCHEZ, no ha radicado ante nuestra entidad los soportes correspondientes, esto, ha impedido que el área de encargada reconozca, liquide y pague al empleador las incapacidades. Por lo cual no es dable imputar dicha negligencia o mala fe en el actuar de esta entidad, toda vez que es la accionante quien incumple con sus deberes. Por lo cual solicitamos al*

*señor juez requiera a la actora para que primero agote la vía administrativa, antes de acudir a la administración de justicia, manifestando una presunta vulneración a sus derechos”.*

**ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.**

En término, dio contestación a la acción de tutela, para lo cual indicó que le corresponde a la EPS el reconocimiento y pago de las incapacidades a sus afiliados de conformidad con la Ley 100 de 1993, el cual se liquida con base en el salario que devenga. En consecuencia, solicitó desvincularle de la presente acción constitucional.

**SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.**

Procedió a contestar los hechos y pretensiones del accionante, para lo cual alegó falta de legitimación en la causa por pasiva, razón por la cual solicitó su desvinculación por cuanto mediante Decreto 1333 del 27 de julio de 2018, en su artículo 2.2.3.3.1., le corresponde el reconocimiento y pago de las incapacidades a la EPS, posteriores a los 540 días. Conforme a lo anterior, solicitó desvincularles de toda responsabilidad dentro de la presente Acción de Tutela.

**SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

Indicó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 del Decreto 1753 del 09 de junio de 2015, todas aquellas incapacidades que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos, se encuentran a cargo de la entidad promotora de salud a la cual se encuentra afiliada la accionante, por lo que solicitó DENEGAR o DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela respecto de PORVENIR S.A.

**III CONSIDERACIONES**

**1.- LA ACCION DE TUTELA:**

La jurisprudencia constitucional ha sido del criterio que las personas que pretenden el cobro de incapacidades médicas a través de la acción de tutela cuentan con otros mecanismos judiciales a través de los cuales pueden obtener su pago, procedimientos tales como el proceso ordinario laboral, o el trámite ideado ante la Superintendencia Nacional de Salud. No obstante, también se ha sostenido que a pesar de lo anterior, *“el pago de las incapacidades médicas no solo debe ser entendido como una simple obligación dineraria u económica, sino que, por el contrario, se constituye en el medio a través del cual un trabajador*

*ve suplido su salario ante la materialización de una contingencia que afecte su salud al punto que se vea imposibilitado para desarrollar sus labores y, por tanto, los recursos básicos a partir de los cuales puede procurarse una congrua subsistencia y la de su núcleo familiar. Adicionalmente, se ha expresado que esta prerrogativa se constituye en una garantía para la recuperación de la salud del afiliado, pues a partir de su goce, éste puede reposar y asumir adecuadamente el tratamiento que requiere, sin necesidad de tener que preocuparse por reintegrarse anticipadamente a sus actividades laborales con el objetivo de recibir su sustento diario y el de su familia”.*

Por lo que “*la acción de tutela puede constituirse en el único mecanismo idóneo para que una persona obtenga la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas como producto de la negativa en el reconocimiento del pago de las incapacidades que le han sido dictaminadas*”. (Sentencia T-529 de 2017).

## **5.- CASO CONCRETO**

1. En el caso bajo estudio, el actor solicita a través de la acción de tutela, la protección de los derechos fundamentales, a la salud, al mínimo vital y a la vida digna, los cuales considera que la accionada le ha vulnerado al no reconocer y pagar las incapacidades que describe en su escrito de tutela.

2. Al respecto, en lo que hace al requisito de **procedibilidad de la acción** de amparo, se debe destacar que el actor es una persona de 58 años de edad diagnosticado con “**DISCOPATIA LUMBAR SEVERA, CON HERNIAS DISCALES**”. En ese orden, si bien el promotor tiene a su alcance acudir ante la justicia ordinaria laboral, en criterio del despacho, en el presente caso, dicho trámite no cuenta con la idoneidad y eficacia para otorgar la protección que requiere.

Adicionalmente, si bien entre la actuación presuntamente violatoria de los derechos alegados (que corresponde a partir de cuando le fue expedida la incapacidad al tutelante correspondiente al día 540 y no reconocida por la convocada) y la interposición de la acción transcurrieron catorce (14) meses y diecisiete (17) días, lo cierto es que se está en presencia de un sujeto vulnerable, cuyos derechos, es dable, estén actualmente afectados por la omisión de la entidad demandada, razones validas para concluir que el requisito de **inmediatez se cumple**.

3. Superado ello, al plenario se aportó Certificación emitida por parte de la EPS FAMISANAR S.A.S., de fecha 06 de enero de 2021, en la que hace constar que al accionante se le han generado incapacidades por

enfermedad general por los siguientes periodos: entre el **19 de diciembre de 2017 al 29 de diciembre de 2020**. Al respecto indicó en la contestación que hizo de la acción constitucional que al promotor se le han expedido incapacidades, así *“Del 09/11/2017 al 29/12/2020 total 820 días, cumplió 180 días el 18/07/2018 y 540 días el 27/08/2019”*.

La AFP Porvenir en la contestación que hizo de la acción constitucional, indicó que al tener el promotor *“CONCEPTO FAVORABLE”*, procedió a autorizar el pago de las incapacidades del día 181 al día 540, *“es decir los periodos del 2018-08-13 al 2019-08-07”*.

En relación con las incapacidades que se han generado desde el 21 de agosto de 2019, a la fecha, por enfermedad general, corresponde determinar a) si se ven afectados los derechos al mínimo vital y a una vida digna y b) si por esta vía residual ordenar el pago de las incapacidades.

Se precisa que el accionante sostuvo que con el no pago de sus incapacidades médicas, le vulneran sus derechos fundamentales, ya que no ha podido *“suplir”* sus *“necesidades básicas y las de su familia”*.

Ahora bien, con el objetivo de resolver la controversia planteada es necesario advertir que a diferencia de lo que sucede en el caso de las incapacidades temporales generadas por accidentes o enfermedades laborales en donde las Aseguradoras de Riesgos Laborales son las únicas responsables de las prestaciones económicas y asistenciales a las que tiene derecho los afiliados, **cuando un trabajador es incapacitado por una afectación a su salud de origen común**, son distintos los sujetos de derecho que están llamados a hacerse cargo de la situación.

Por lo anterior, aun cuando se haya determinado el origen común de la enfermedad, pueden presentarse controversias entre las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras de Fondos de Pensiones y los empleadores sobre quién es el encargado del pago de las prestaciones económicas en los casos de incapacidades temporales.

En ese sentido, importa hacer un recuento normativo de las disposiciones que determinan quiénes son los obligados a estos pagos en cada momento de la incapacidad del afiliado:

Del día **1 a 2** corren por cuenta del empleador, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2493 de 2013.

Del día **3 al 180** deben ser canceladas por la Empresa Promotora de Salud (EPS), de acuerdo con lo previsto por el precepto 206 de

la Ley 100 de 1993. Dicho trámite debe ser adelantado por el empleador (Canon 121 del Decreto 19 de 2012).

Durante dicho lapso, la EPS debe examinar al paciente y emitir, antes de que se cumpla el día 120, el concepto de rehabilitación y remitirlo a la Administradora de Fondo de Pensión (AFP) antes del día 150 de incapacidad (Artículo 142 *ejúsdem*).

Luego de recibir el concepto de rehabilitación favorable, la AFP deberá postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días adicionales, cancelando las incapacidades causadas desde el día **181 en adelante**, hasta que el afiliado restablezca su salud o se dictamine la pérdida de su capacidad laboral (Artículo 23 del Decreto 2463 de 2001).

Si el concepto de rehabilitación no es expedido oportunamente, a la EPS le corresponderá pagar las incapacidades que se causen a partir del día 181. Dicha obligación subsistirá hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido.

Si el renombrado concepto no es favorable, la AFP deberá remitir el caso a la entidad de calificación respectiva, para que esta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y, en ese caso, califique la pérdida de la capacidad laboral del afiliado. Si ésta es superior al 50% y el trabajador cumple los demás requisitos del caso, la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva. Si es menor del 50%, el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo, o reubicado en uno acorde con su situación de incapacidad.

**Después de los 540 días de incapacidad:** se debe dar aplicación al artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, según la cual le corresponde a las EPS cancelar las incapacidades, quienes a la vez, 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.

Conforme a la normatividad anterior y la jurisprudencia citada, le corresponde a la EPS el reconocimiento y pago de las incapacidades que se generen posteriores al día 540.

En el caso bajo estudio, de la documental aportada al plenario se extrae que el accionante ya superó los 540 días de incapacidad. Así mismo, se acredita que le fueron canceladas por la AFP PORVENIR las generadas entre el 13 de agosto de 2018 y el **7 de agosto de 2019**, esto es, las causadas entre el día 181 y el día 540.

Luego, es claro que corresponde a la **EPS FAMISANAR**, asumir el reconocimiento y pago de las incapacidades generadas a partir del día 541, esto es, las causadas desde el **08 de agosto de 2019 hasta que cese la emisión de incapacidades en favor del accionante, reservándose la facultad de descontar aquellas que ya fueron canceladas**. Por tal razón, se ordenará a la EPS que reconozca y pague al accionante el valor de dichas incapacidades.

De igual modo, se **advertirá** a FAMISANAR EPS acerca de su deber de acatar la ley y la jurisprudencia constitucional para que, en lo sucesivo, se abstenga de negar el pago de incapacidades posteriores al día 540 con fundamento en la ausencia de requisitos que no tienen sustento legal y que suponen una barrera administrativa que vulnera los derechos de las personas con incapacidades que superan los 540 días. Ello, por cuanto se pudo determinar que dentro de los requisitos previstos por la Ley para efectos de reconocer el pago de incapacidades, por concepto de enfermedad de origen común, no obra la documentación exigida por la EPS accionada al promotor.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** CONCEDER la tutela reclamada por **JAIRO SANCHEZ SANCHEZ**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** ORDENAR a la **EPS FAMISANAR**, que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación del presente fallo, si aun no la hecho, reconozca y pague al señor **JAIRO SANCHEZ SANCHEZ**, las incapacidades médicas generadas desde el día 541 hasta que cese la emisión de incapacidades en favor del accionante, reservándose la facultad de descontar aquellas que ya fueron canceladas.

**TERCERO-. ADVERTIR** a la **EPS FAMISANAR** acerca de su deber de acatar la ley y la jurisprudencia constitucional para que, en lo sucesivo, se abstenga de negar el pago de incapacidades posteriores al día 540 con fundamento en requisitos administrativos que no tienen fundamento legal.

**CUARTO-** Notifíquese la presente decisión a los extremos de la acción por el medio más idóneo o expedito posible.

**QUINTO-** Si la presente decisión no fuere impugnada dentro de la oportunidad legal, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual REVISION. Oficiese.  
Déjense las constancias del caso.

**NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,**

**JUAN CARLOS FONSECA CRISTANCHO  
JUEZ**

**Firmado Por:**

**JUAN CARLOS FONSECA CRISTANCHO  
JUEZ  
JUZGADO 005 MUNICIPAL CIVIL DE LA CIUDAD DE BOGOTA,  
D.C.-SANTAFE DE BOGOTA 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:

**78c89c9dd0eae1b5f9db8e47cb6eadc2449c68d2acac3263f747a31  
b04273874**

Documento generado en 27/01/2021 01:56:33 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**