Rama Judicial del Poder Público
JUZGADO TREINTA Y NUEVE CIVIL MUNICIPAL
Bogotá, D.C., ocho (8) de octubre de dos mil veinte (2020)

11001 4003 039 2020 00632 00

Se resuelve la acción de tutela promovida por la señora **YINETH YAMILSE ÁVILA ACHIPIZ** contra **PORVENIR**, en protección de su derecho constitucional al mínimo vital, trámite al que fueran vinculados **FAMISANAR E.P.S, SEGUROS DE VIDA ALFA, COVINOC Y LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES**.

I. ANTECEDENTES

1. Relata la accionante que viene siendo incapacitada debido a una enfermedad, acumulando a la fecha más de 540 días bajo la misma patología; que en pretérita oportunidad a deprecado el pago de las mismas ante PORVENIR y FAMISANAR, sin que a la fecha de presentación de la demanda le hubieran sido canceladas. Por tanto, solicita la cancelación del periodo comprendió entre el dos (2) de agosto de 2020 a la actualidad.

Para mayor precesión, indicó que el 31 de julio de 2020 se determino un porcentaje del 68.34, como pérdida de su capacidad laboral, sin embargo, el 17 de septiembre, en una segunda calificación, arrojo como resultado un 31.64 %.

2. El Fondo de Pensiones Provenir señaló que reconoció y canceló 360 días de incapacidad según certificación de pagos que allegó, resaltando que las que sean expedidas con posterioridad, deberán ser asumidas por la EPS Famisanar; recalcó que dicha determinación, obedece a que *"el grupo interdisciplinario de calificación Pérdida de Capacidad Laboral y Origen de SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. determinó para el caso de la señora YINETH YAMILSE AVILA ACHIPIZ un 34.64% de pérdida de capacidad Laboral de origen común con fecha de estructuración 07 de Septiembre de 2020",* por tanto, no es el llamado a sufragar las incapacidades ante la no continuación del proceso de pensión.

4. Famisanar se opuso la pretensión de esta acción, teniendo en cuenta el primer doctamente que le fuera realizada a la accionante, en donde concluye, que por existir un porcentaje mayor al 50, como pérdida de su capacidad laboral, no es el encargado a sufragar las incapacidades.

3. Seguros de Vida Alfa, autorizada por la Administradora del Fondo de Pensiones Provenir, señaló que reconoció y canceló 360 días de incapacidad según certificación de pagos que allegó, resaltando que las que sean expedidas con posterioridad que deberán ser asumidas por la EPS Famisanar.

4. LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, manifestó ser desvinculado por existir falta de legitimación por pasiva.

II. CONSIDERACIONES

1. Es necesario aclarar que el pago de la incapacidad causada por enfermedad general sustituye el salario del trabajador durante el tiempo de su inactividad laboral y económica, pues constituye la única fuente de ingresos de éste, razón por la cual su no cancelación vulnera sus derechos al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna. Así lo señaló la Corte Constitucional, al decir que "*el pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. No solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia*"[1].

Por lo anterior, es el hecho que, una vez expedido el certificado de incapacidad laboral, sus pagos y los de sus respectivas prórrogas deban ser asumidos por los distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social, dependiendo de la prolongación de la situación de salud del

[1] (Sentencia T-311 de 1996).

trabajador, de allí que de conformidad con lo establecido en el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013 y el parágrafo 1 de artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, se consagre que el lapso comprendido por los dos primeros días de la restricción, estén a cargo del empleador, que a partir del día 3 su pago lo deba asumir la entidad promotora de salud hasta el día 180.

No obstante, es dable advertir que las incapacidades que superen los 180 días, jurisprudencialmente se ha considerado que deben estar a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que esté afiliado el trabajador, o la ARL[2], ello en la medida a que el caso debe ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de capacidad laboral cuya calificación debe ser efectuada y promovida por dicha entidad.

Ahora bien, respecto a las incapacidades prolongadas por más de 540 días, es menester indicar que a partir de la expedición de la Ley 1753 del año 2015, reglamentada por el decreto 1333 de 2018[3], el legislador consideró que la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores a dicho termino sea de las EPS, 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, según lo prescrito en el literal a) del artículo 67 de la Ley citada.

2. Puestas de este modo las cosas, en el caso *sub lite* las probanzas obrantes a folios permiten establecer con certeza que:

a) El accionante permanece incapacitado desde el 28/05/2007 al 19/10/2020 para un total de 863 (ver contestación de Famisanar)

---

[2] sentencias T-097 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-698 de 2014, M. P. Mauricio González Cuervo; T-333 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-485 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

[3] Por el cual se sustituye el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, se reglamenta las incapacidades superiores a 540 días y se dictan otras disposiciones.
ARTÍCULO 2.2.3.3.1. *Reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días.* Las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días en los siguientes casos:
1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.
2. Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.
3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.
De presentar el afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, la EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541).

b) Las incapacidades reseñadas en el literal que antecede, fueron cancelados los primeros 180 días por la EPS y a partir del día 181 al 540 por LA AFP según certificación que obra en el expediente, por tanto, existe un vacío en el pago de las emitidas con posterioridad al día 540 que deben ser sufragadas por la EPS, en este caso, el periodo comprendido entre el 2 de agosto de 2020 a la fecha de presentación de esta acción constitucional, pues son estas las que la parte accionada ha presentado talanqueras de orden administrativo, pese a que ya se encuentra radicadas conforme se desprende de la contestación que precisamente radicó.

c) En ese orden ideas habrá de concederse el amparo, respecto de las incapacidades para el periodo citado, e incluso, las que se sigan causando pese a que no fueron objeto de reclamo, con las facultades *ultra* y *extra petita*[4]*,* pues es evidente que, en el trascurso de esta acción, según lo aportado por la EPS vinculada, han sido emitidas unas nuevas. Es decir, este juzgador no pretende sustituir las pretensiones de la actora, sino que busca solamente que, cuando los aludidos profesionales determinen la prolongación de la incapacidad, las mismas sean objeto de proteccion constitucional, sin que la actora se vea en la necesidad de acudir a una nueva acción de tutela, hasta que se verifique que no hay lugar a prolongar las mismas.

Ahora, ante la necesidad de amparar los bienes *iusfundamentales* del accionante, quien es sujeto de especial protección constitucional, se hace necesario conceder el amparo, pues de considerar que el asunto puede ser debatido ante la jurisdicción ordinaria laboral, agravaría su estado físico y deterioraría su salud, dado que la idoneidad y eficacia del medio judicial ordinario, resulta inocuo, porque existe una amenaza inminente y grave al mínimo vital personal y familiar de la señora **YINETH YAMILSE ÁVILA ACHIPIZ** que no ostenta otro medio de subsistencia, negación indefinida que nunca fue desvirtuada por ninguna de las tuteladas.

---

[4] En Sentencia SU-195 de 2012, la Corte señaló que: "*En cuanto a la posibilidad de que los fallos puedan ser extra y ultra petita en materia de tutela, esta Corte de manera pacífica ha señalado que el juez de tutela puede al momento de resolver el caso concreto conceder el amparo incluso a partir de situaciones o derechos no alegados, atendiendo la informalidad que reviste el amparo y además quien determina los derechos fundamentales violados. Así, desde los primeros pronunciamientos se ha sentado esta posición, toda vez que conforme a la condición sui generis de esta acción, la labor de la autoridad judicial no puede limitarse exclusivamente a las pretensiones invocadas por la parte actora, sino que debe estar encaminada a garantizar el amparo efectivo de los derechos fundamentales.*"

3. Ahora bien, pese a que se invoca en la demanda y sus anexos que existe una serie de dictámenes por pérdida de capacidad laboral, de conformidad con artículo 67 de la ley 1753 de 2015, " *es claro que en todos los casos futuros, esto es, los suscitados a partir de la vigencia de la ley –9 de junio de 2015, el juez constitucional y las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social* ***deberán acatar lo dispuesto en dicho precepto legal***[5]*",* y en dado caso, de que ya exista un concepto favorable de rehabilitación el "*déficit de protección legal que afrontaron los asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días,* ***ya sea porque no ha sido calificado su porcentaje de pérdida de capacidad laboral o porque su disminución ocupacional es inferior al 50%,*** *es necesario resaltar que tal vacío legal fue advertido recientemente por el Congreso de la República, quien a través de la Ley 1753 de 2015 –Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, atribuyó el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las entidades promotoras de salud (EPS) y radicó en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad, para solucionar los dos puntos de vista analizados en los fundamentos jurídicos 28 y 29 de esta sentencia*[6]*".*

4. En resumen, y teniendo en cuenta que el impago de las incapacidades reclamadas por el actor vulnera su derecho fundamental al mínimo vital, quien se vio injustamente privado de los ingresos de los cuales se presume deriva su sustento, se impone conceder el amparo reclamado.

III. DECISIÓN

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

IV. RESUELVE

PRIMERO. **TUTELAR** el derecho al mínimo vital de la señora **YINETH YAMILSE ÁVILA ACHIPIZ.**

SEGUNDO. En consecuencia, se **ORDENA** a **FAMISANAR E.P.S.**, por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha efectuado, pague dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes

[5] Sentencia T-401/17. Magistrada Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
[6] ídem

a la notificación de la presente sentencia el subsidio por incapacidad correspondiente las incapacidades dejadas de pagar a la señora **YINETH YAMILSE ÁVILA ACHIPIZ** desde la fecha en la que cesó dicho reconocimiento económico, es decir, a partir del día 541. Así como las incapacidades que se sigan causando en favor de la misma, hasta tanto se defina por los médicos tratantes que no hay lugar a la expedición de las mismas.

TERCERO. De no ser impugnado, remítase el expediente a la Corte Constitucional para que decida sobre la eventual revisión de este fallo, el que será comunicado a las partes con la mayor brevedad y por el medio más expedito.

CÚMPLASE

MARTÍN ARIAS VILLAMIZAR
JUEZ

Jg