

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO ONCE CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá, D.C., dos (2) de junio de dos mil veinte (2020)

Referencia: *Acción de Tutela N°11001418902820200000600*
Accionante: *Jairo García Martínez*
Accionada: *Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Famisanar E.P.S.*
Providencia: *Fallo de 2ª Instancia*

I. OBJETO DE DECISIÓN

Decide el Despacho la **IMPUGNACIÓN** interpuesta por Famisanar EPS, contra el fallo de primer grado que, al interior del asunto en referencia, profirió el Juzgado Veintiocho (28) de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá, el 13 de mayo de 2020.

II. ANTECEDENTES

1. Jairo García Martínez invocó la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, igualdad y dignidad humana, por cuanto la EPS fustigada no le ha reconocido y pagado las incapacidades otorgadas por su médico tratante desde 18 de septiembre de 2019 y hasta el momento de interposición de la tutela; prestación con la cual subsiste y paga sus obligaciones de alimentación, vivienda, pues, tanto él como su menor hijo dependen de su trabajo.

Destacó que Colpensiones se negó a pagar las incapacidades generadas con posterioridad al día 540, y Famisanar le solicitó un certificado que no ha podido radicar por el confinamiento obligatorio generado por la pandemia del Covid 19.

III. FALLO DE PRIMER GRADO

En fecha prementada, el Juzgado de primera instancia concedió la tutela y, en consecuencia, ordenó a Famisanar EPS efectuar el pago del auxilio económico correspondiente a las incapacidades otorgadas al actor y dejadas de percibir desde el mes de septiembre de 2019, así como las que se generen en adelante, hasta que se emita concepto favorable de recuperación o se culmine con el proceso de calificación de invalidez. Para lo anterior, tuvo en cuenta al *a quo* el estado de vulnerabilidad del accionante y lo contemplado en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 y el pronunciamiento de la Corte Constitucional, en casos similares. De igual forma, ordenó a Colpensiones radicar la certificación de incapacidades pagadas al accionante por dicho fondo de pensiones, directamente a Famisanar.

IV. LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con tal ordenamiento, Famisanar E.P.S. impugnó el fallo, señalando que el amparo constitucional es improcedente por ser una controversia de origen económico, careciendo la EPS de legitimidad en la causa por pasiva, pues quien debe pagar las incapacidades es el empleador, quien luego repetirá contra la entidad prestadora de salud. Asimismo, arguyó que en el presente caso no se demostró la afectación al mínimo vital o un perjuicio irremediable que le impidiera al actor acudir a la jurisdicción ordinaria laboral a ventilar el asunto.

V. CONSIDERACIONES

1. A la luz del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, corresponde a esta sede constitucional verificar si el fallo censurado se ajusta a los parámetros legales y jurisprudenciales correspondientes al asunto discutido y, más allá, verificar sí, como lo afirma la impugnante, no le asiste la totalidad de la obligación impuesta por el *a quo*.

2. Es tema averiguado que, una vez expedido el certificado de incapacidad

laboral¹, sus pagos y los de las respectivas prórrogas deben ser asumidos por distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social, dependiendo de la prolongación de la situación de salud del trabajador.²

Así, de conformidad con el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013³, el pago de los 2 primeros días de incapacidad corresponde al empleador, mientras que, como lo dispone el artículo 121 del Decreto-Ley 019 de 2012⁴, el pago de las incapacidades expedidas del día 3 al 180, están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento, a cargo del primero [el empleador].

La Corte Constitucional ha dicho que, en ese estadio de la evolución de la incapacidad del afiliado, *“el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral o de la posibilidad de [su] recuperación”*⁵.

De tal manera que, conforme a las reglas establecidas en el antedicho decreto [019 de 2012], las EPS deben emitir el concepto de rehabilitación [favorable o no], antes del día 120 de incapacidad temporal, y remitirlo a la AFP que corresponda, antes del día 150. En los eventos en que las EPS no cumplan con lo anterior, les compete pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, es decir, les asistirá el deber de asumir el pago de dichas sumas desde el día 181 y hasta el día en que emitan el concepto en mención⁶.

En caso de que la EPS emita concepto favorable de rehabilitación, [sostiene la Corporación], la AFP tendrá que postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral *“hasta por 360 días calendario adicionales a los*

¹ “acto médico (...) independiente del trámite administrativo del reconocimiento de la prestación económica” Ministerio de la Protección Social, concepto 295689 de 2010.

² Sentencia T-403/17 M.P. Carlos Bernal Pulido

³ Por el cual se modifica el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, Por el cual se adoptan unas disposiciones reglamentarias de la Ley 100 de 1993, se reglamenta parcialmente el artículo 91 de la Ley 488 de diciembre 24 de 1998, se dictan disposiciones para la puesta en operación del Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral, se establece el régimen de recaudación de aportes que financian dicho Sistema y se dictan otras disposiciones.

⁴ Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública

⁵ Sentencia T-403/17 M.P. Carlos Bernal Pulido

⁶ Ib.

primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS”⁷. En este evento, se generará el derecho al reconocimiento de un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador⁸, el cual estará a cargo de la AFP a la que está afiliado el trabajador⁹. [Énfasis no original]

Ha concluido el citado cuerpo colegiado, *“que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, caso en el cual será la llamada a responder.”*, y que *“Superados los 360 días adicionales de incapacidad, si el trabajador continúa recibiendo incapacidades en razón a persistir su condición médica”*, será la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, creada por el artículo 66¹⁰ de la Ley 1753 de 2015¹¹, la cual, asuma dicha carga, y en caso de que la EPS lo hubiese hecho, reconocerle y pagarle lo correspondiente¹².

3. Al interior del *sub júdice* se encuentra acreditado, con relevancia para resolver la presente impugnación, que Jairo García Martínez es empleado de la empresa Oncor Ltda., desde el 1° de mayo de 2012, encontrándose incapacitado de manera ininterrumpida desde el 1° de marzo de 2017 a la fecha, sin embargo, desde el 18 de septiembre de 2019, ni la EPS fustigada,

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-419 de 2015.

⁸ Decreto-Ley 019 de 2012. Art. 142. *“Este genera durante los primeros 180 días un auxilio económico a cargo de la EPS, que desde el día 181 se sustituye por un subsidio de incapacidad equivalente al auxilio, pero asumido por el Fondo de Pensiones al que se haya afiliado el trabajador. Corte Constitucional Sentencia T-144 de 2016*

⁹ Ver entre otras sentencias T-097 de 2015, T-698 de 2014, T-333 de 2013 y T-485 de 2010.

¹⁰ *“Artículo 66. Del manejo unificado de los recursos destinados a la financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). Con el fin de garantizar el adecuado flujo y los respectivos controles de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, créase una entidad de naturaleza especial del nivel descentralizado del orden nacional asimilada a una empresa industrial y comercial del Estado que se denominará Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). La Entidad hará parte del SGSSS y estará adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS), con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente.*

(...).

La Entidad tendrá como objeto administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga), los del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (Fonsaet), los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP); los cuales confluirán en la Entidad. En ningún caso la Entidad asumirá las funciones asignadas a las Entidades Promotoras de Salud.

(...)”.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-468 de 2010. Sobre el particular, la Corte Constitucional señaló en la sentencia T-144 de 2016 que las EPS sólo están asumiendo una carga administrativa en el reconocimiento y pago de dichas incapacidades, ya que la ley es clara al establecer que no son ellas quienes al final van a asumir la obligación, la cual le compete en últimas el Estado, que en cabeza de la entidad creada a través del artículo 66 de la Ley 1753 de 2015. Entidad que, de conformidad con lo establecido en el Decreto 546 de 2017, entró en operación desde el 1° de agosto de 2017.

¹² Sentencia T-403/17 M.P. Carlos Bernal Pulido

ni Colpensiones le han reconocido el pago de las incapacidades otorgadas por sus médicos tratantes.

Se observa, asimismo, que la EPS Famisanar, a la cual se encuentra afiliado el citado accionante, le reconoció y pagó los primeros 180 días de incapacidad a los que legalmente estaba obligada, y que, el 31 de julio de 2018, emitió concepto favorable de rehabilitación con destino a Colpensiones, en atención a que la obligación de cancelar las incapacidades concedidas al señor García Martínez, con posterioridad a dicho hito [180 días], y hasta el día 540, correspondían a la AFP en mención.

Sin embargo, respecto a las incapacidades generadas con posterioridad a los 540 días, y toda vez que no se acreditó haberse emitido un nuevo concepto de rehabilitación o calificado la pérdida de capacidad laboral del tutelante [que eventualmente diera lugar al reconocimiento de la pensión de invalidez], deberán ser pagados por la EPS Famisanar, de acuerdo con el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, la cual tiene a su disposición las acciones para obtener el reembolso de los dineros cancelados en virtud de canon normativo en cita.

De la misma manera, el pago de las incapacidades que se sigan causando en favor del promotor del amparo, también deberán ser asumidas por dicha entidad prestadora de salud, en los términos expuestos en precedencia, hasta tanto se revise y recalifique la pérdida de la capacidad laboral del tutelante.

No sobra advertir que, de acuerdo a jurisprudencia de la Corte Constitucional, la entidad promotora de salud faltó al deber que le asiste de acompañamiento y orientación para que personas en circunstancias como las expuestas por el accionante, no sean abandonadas a su suerte al interior del sistema integral de seguridad social, pues el señor Jairo García indicó que el único argumento de la E.P.S. para el no pago de las incapacidades otorgadas, consistió en que debía presentar una certificación expedida por Colpensiones respecto al pago de incapacidades efectuado por este fondo.

Lo anterior pone de manifiesto que, en momento alguno, se le indicó al actor que era la empleadora, en este caso, Oncor Ltda, quien debía adelantar el trámite para el pago de las incapacidades otorgadas, lo que evidencia una conducta que desconoce que la persona que reclama el pago de la prestación lo hace precisamente porque está incapacitada y, por lo mismo, no es constitucionalmente válido que se le someta a trámites adicionales para obtener el pago de las incapacidades a las que legalmente tiene derecho.

Consecuentes con lo anotado, en el *sub judice* procedía ordenar el correspondiente pago a cargo de Famisanar EPS, como así lo concluyó el juez de primera de instancia, ya que no resulta aceptable que se niegue la cancelación de las incapacidades que le corresponden anteponiendo un trámite administrativo, cuando el artículo 121 de la Ley 019 de 2012 lo que busca, precisamente, es que el reconocimiento de las prestaciones sociales, como la que se le reclama, sea expedito, de tal forma que no genere cargas, trámites o demoras al destinatario, pues, independiente de que el accionante efectúe directamente los aportes como independiente o, a través de un intermediario, lo cierto es que, el no pago, obedece más a un simple trámite administrativo que puede fácilmente solucionarse, sin poner en riesgo los derechos fundamentales del usuario.

4. Ahora bien, sin perjuicio de lo indicado, no se puede dejarse de lado que la empleadora Oncor Ltda ha sido negligente respecto al trámite que la ley le impone para el pago de las incapacidades de su trabajador, por lo que se le exhortará para que lo asuma de ahora en adelante, y no le traslade esa carga al accionante. Lo anterior, conforme al procedimiento señalado en el artículo 2.2.3.1 del Decreto 780 de 2016¹³.

¹³ “Artículo 2.2.3.1 Pago de prestaciones económicas. A partir de la fecha de entrada en vigor de las cuentas maestras de recaudo, los aportantes y trabajadores independientes, no podrán deducir de las cotizaciones en salud, los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad. El pago de estas prestaciones económicas al aportante será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante. (Negrilla fuera de texto) En todo caso, para la

5. Por último, resulta pertinente acotar que, debido a los padecimientos del querellante, se permite inferir que las sumas de dinero recibidas por su incapacidad constituyen la única fuente de ingresos con los que cuenta para subsistir; situación que, además, no fue rebatido por la entidad accionada, avizorándose, de igual forma, que si bien es cierto hubo una demora en la interposición del amparo, lo cierto es que aquél hizo las solicitudes directas a quien estimaba responsable del pago de las mismas, y si no pudo radicar la documental solicitada por la EPS fue precisamente porque en el marco del Estado de Emergencia decretada por el Gobierno Nacional debido a la Pandemia Covid 19, no puede hacer este tipo de trámites, la cual, se destaca, pudo ser solicitada por la EPS a Colpensiones de manera directa.

6. En virtud de lo expuesto, y sin lugar a mayores disquisiciones, se adicionará el fallo de tutela emitido por el Juzgado Juzgado Veintiocho (28) de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá, el 13 de mayo de 2020, con base en lo aquí dilucidado, en aras de exhortar a la empleadora Oncor Ltda., para que a partir de la notificación del presente fallo, proceda a realizar el trámite señalado en el artículo 2.2.3.1 del Decreto 780 de 2016, para el pago de las incapacidades que se le otorguen de ahora en adelante al accionante, sin que pueda trasladar dicha carga al mismo.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO ONCE CIVIL del CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución,

autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas. Parágrafo 1. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002.”

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 13 de mayo de 2020, por el Juzgado Veintiocho (28) de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta ciudad, en el sentido de **EXHORTAR** a la empleadora Oncor Ltda., a través de su representante legal, para que a partir de la notificación del presente fallo, proceda a realizar el trámite señalado en el artículo 2.2.3.1 del Decreto 780 de 2016, para el pago de las incapacidades que se le otorguen de ahora en adelante al señor Jairo García Martínez, sin que pueda trasladar dicha carga al accionante.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, el respectivo fallo, por las razones consignadas al interior de la presente providencia.

TERCERO:NOTIFÍQUESE la decisión adoptada a los interesados, por el medio más expedito de conformidad con el artículo 30 Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: ORDENAR, una vez en firme la presente decisión, la remisión de la actuación ante la Corte Constitucional, para su eventual revisión, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de este fallo de segunda instancia, tal como lo dispone el artículo 32 del citado Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


MARÍA EUGENIA SANTA GARCÍA
Jueza