

REPUBLICA DE COLOMBIA



Rama Judicial del Poder Público
JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá. D. C. veintisiete (27) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: IMPUGNACIÓN TUTELA
Radicado N°: 11001-40-03-081-2023-00357-01
ACCIONANTE: YOLY JAZMIN PEREZ
ACCIONADOS: AFP PORVENIR S.A., FAMISANAR EPS, DREAM REST COLOMBIA SAS., ARL SURA y OMAR DAVID DIMIAN MAYORGA (Ortopedista Famisanar EPS)
VINCULADO: CENTRO MÉDICO CAFAM MADRID-CUND.

I. ASUNTO

Procede el despacho a proferir la **SENTENCIA** de segunda instancia que en derecho corresponda para finiquitar el trámite de la **IMPUGNACIÓN DE TUTELA** de la referencia.

II. ACCIONANTE

Se trata de **YOLY JAZMIN PEREZ**, quien actúa en defensa de sus derechos.

III. ACCIONADA

Se dirige la presente **ACCION DE TUTELA** contra **AFP PORVENIR S.A., FAMISANAR EPS, DREAM REST COLOMBIA SAS, ARL SURA, OMAR DAVID DIMIAN MAYORGA** y como vinculado **CENTRO MEDICO CAFAM MADRID CUNDINAMARCA**.

IV. DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS

La petente cita los derechos a la **SALUD, VIDA DIGNA, MÍNIMO VITAL** en conexidad con el derecho al **TRABAJO, IGUALDAD y DEBIDO PROCESO**.

V. OMISION ENDILGADA A LA ACCIONADA

En síntesis, aduce que empezó a trabajar en la empresa DREAM REST el 3 de agosto de 2020 y ha sido incapacitada por más de 180 días continuos por el mismo diagnóstico.

Señala que presentó petición vía correo electrónico a FAMISANAR y a PORVENIR, el cual fue respondido por PORVENIR.

Expone contratiempos que aduce se han presentado en consultas médicas relacionadas con su estado de salud y la concesión de las incapacidades médicas.

Pretende con esta acción constitucional, le sean tutelados los derechos fundamentales incoados ordenando a FAMISANAR EPS el pago de las incapacidades, la realización de la cirugía de trasplante de cadera, exámenes para su valoración y el tratamiento integral, que conteste el derecho de petición

y envíe el concepto de rehabilitación a PORVENIR. Se ordene a DREAM REST anexe el contrato de trabajo y carta laboral con salario asignado. Que PORVENIR haga valoración de otros exámenes además de la historia clínica para su PCL. Ordenar a SURA hacer vigilancia a su puesto de trabajo. Al ortopedista OMAR DAVID DIMIAN MAYORGA que rinda informe de su actuar.

VI. TRAMITE PROCESAL

Admitida la solicitud por el a-quo, (Juzgado 63 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple - Juzgado 81 Civil Municipal de Bogotá), dispuso notificar a las accionadas y vinculadas, a quienes les solicitó rindieran informe respecto a los hechos aducidos por la peticionaria.

VII. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez A-quo Juzgado 63 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple - Juzgado 81 Civil Municipal de Bogotá) mediante proveído impugnado del 14 de marzo de 2023 dispuso: "**CONCEDER** *parcialmente la tutela invocada por Yoly Jazmín Pérez, por lo expuesto en la considerativa de esta providencia. (i) ORDENAR al representante legal o quien haga sus veces de la EPS FAMISANAR ... reconocer y pagar las incapacidades causadas desde el 5 de diciembre de 2022 al 30 de enero de 2023 y las que se sigan generando hasta el día 180 o, incluso, las que se generen con posterioridad hasta tanto se comuniquen el concepto de rehabilitación a PORVENIR y (ii) emita concepto de rehabilitación de la accionante.*"

VIII. IMPUGNACIÓN

Impugna el fallo de primer grado la accionante señalando que el fallo del A quo no se ajusta a los antecedentes y hechos de la tutela ni examinó los argumentos relatados, por lo que solicita se revoque el fallo y se amparen los derechos invocados ya que la empresa la desvinculó laboralmente y Famisanar no ha cumplido con el pago de las incapacidades, por lo que solicita se tengan en cuenta los documentos allegados y sea reintegrada laboralmente.

IX. PROBLEMA JURIDICO

Corresponde a este juez constitucional determinar si la decisión adoptada en primera instancia se ajusta a derecho o por el contrario hay lugar a la revocatoria que reclama la accionante.

X. CONSIDERACIONES:

1. La Acción de Tutela constituye un logro alcanzado por la colectividad con ocasión de la expedición de la Constitución Política de 1991, para frenar los desafueros de las autoridades cuando quiera que con hechos u omisiones comprometan los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La finalidad de esa acción es lograr que, a falta de vía judicial ordinaria, mediante un trámite preferente y sumario, el Juez ante quien se acuda dé una orden de actuar o abstenerse de hacerlo, tendiente a hacer cesar la vulneración o amenaza de violación denunciada.

El artículo 86 de nuestra Carta magna así lo consagra; También advierte su procedencia contra particulares encargados de la prestación de servicios públicos o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de indefensión o subordinación.

2. La Salud como derecho fundamental autónomo. El derecho a la salud se materializa con la prestación integral de los servicios y tecnologías que se requieran para garantizar la vida y la integridad física, psíquica y emocional de los ciudadanos. En ese orden de ideas, la Corte indicó que *"la sola negación o prestación incompleta de los servicios de salud es una violación del derecho fundamental, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela"* (sentencia T-760 de 2008.)

Tratándose del derecho a la salud de las personas que hacen parte del grupo de los sujetos de especial protección, los artículos 13, 44, 46 y 47 de la C.P., imponen los deberes de protección y garantía por parte de las autoridades y de los particulares en la atención de las enfermedades o alteraciones de salud que padezcan niños, adolescentes y personas de la tercera edad.

"La consagración normativa de la salud como derecho fundamental es el resultado de un proceso de reconocimiento progresivo impulsado por la Corte Constitucional y culminado con la expedición de la Ley 1751 de 2015, también conocida como Ley Estatutaria de Salud. El servicio público de salud, ubicado en la Constitución Política como derecho económico, social y cultural, ha venido siendo desarrollado por la jurisprudencia –con sustento en la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)– en diversos pronunciamientos. Estos fallos han delimitado y depurando el contenido del derecho, así como su ámbito de protección ante la justicia constitucional, lo que ha derivado en una postura uniforme que ha igualado el carácter fundamental de los derechos consagrados al interior de la Constitución." (T-171/18)

Acorde con nuestra jurisprudencia constitucional, el derecho a la salud se ha definido como: *"... la facultad del ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, física y mental. Tal derecho debe garantizarse en condiciones de dignidad por ser indispensable para el ejercicio de otros derechos también fundamentales."* (Sentencia T-120/17)

3. Acción de tutela frente a acreencias de orden laboral. Como lo ha reiterado la Corte Constitucional, compete a la jurisdicción ordinaria laboral resolver los asuntos relativos a la reclamación de acreencias de orden laboral, no obstante, dicha regla general encuentra su excepción en aquellos casos en los que, por los supuestos fácticos o por tratarse de personas que merecen un trato especial, la acción de tutela se presenta como el mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para proteger de manera inmediata derechos fundamentales que resultarían lesionados de no reconocerse o pagarse tales prestaciones, eficacia que no ofrece la acción ordinaria.

En consecuencia, ante la falta de pago de incapacidades médicas, siendo ellas una acreencia de naturaleza laboral, será procedente la acción de tutela

para exigir su pago, en tanto con su ausencia se afecte el mínimo vital de una persona y el caso concreto exija de una protección urgente.

Lo anterior, en el entendido de que esta prestación constituye un factor determinante de estabilización de la situación económica del accionante en su periodo de recuperación, durante el cual, no puede desarrollar labores que le permitan recibir un ingreso. Así dicha Corporación ha manifestado 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". (Sentencia T-789/05)

En complemento de lo anterior, se presume "la afectación del mínimo vital de un trabajador cuando no recibe su salario y devenga un salario mínimo o cuando el salario es su única fuente de ingreso, constituyendo un elemento necesario para su subsistencia, al cubrir con ese dinero sus necesidades básicas, correspondiéndole a la E.P.S. o al empleador desvirtuar dicha presunción." (Sentencia T-247/06)

En lo atinente al pago de incapacidades por enfermedad o accidente de origen común, como es el caso que nos ocupa, la normatividad vigente sobre el tema estipula:

- Día 1 y 2 --- Corresponden al empleador (Decreto 2943/13)
- Día 2 a 180 --- Corresponde a la EPS (Ley 100/93 art. 206). La EPS debe emitir el concepto de rehabilitación y remitirlo a la AFP antes del día 150 de incapacidad, si no se expide oportunamente la EPS será la encargada de cancelar las incapacidades después del día 181 y hasta que lo emita (Decreto Ley 19/12 art. 142).
- Día 181 a 540 --- Con concepto de rehabilitación favorable la AFP asume el pago de las incapacidades hasta que se restablezca la salud o se dictamine la pérdida de capacidad laboral (Decreto 2463/01 art. 23)
- **Día 541 en adelante --- Corresponde a la EPS (artículo 67 de la Ley 1753/15)**

XI. CASO CONCRETO

Observa el despacho que las pretensiones iniciales de la accionante se encaminaban en resumen al pago de incapacidades médicas, realización de una cirugía, exámenes médicos, respuesta a un derecho de petición y el envío del concepto de rehabilitación a la AFP por parte de FAMISANAR EPS; respecto de DREAM REST la entrega de unos documentos y frente a PORVENIR que haga valoración de otros exámenes además de la historia clínica para su PCL. Ordenar a SURA hacer vigilancia a su puesto de trabajo y el ortopedista OMAR DAVID DIMIAN MAYORGA que rinda informe de su actuar, habiéndose emitido fallo de primera instancia concediendo de manera parcial sus pretensiones.

Ahora, con ocasión de la impugnación pide la revocatoria del fallo porque FAMISANAR EPS no ha pagado las incapacidades y con base en los nuevos hechos que trae a colación solicita sea reintegrada laboralmente porque la empresa la desvinculó.

Atendiendo los anteriores argumentos, de entrada este juzgador advierte que el fallo del *A quo* fue parcialmente favorable a las pretensiones de la accionante y se mantendrá incólume en tanto que frente a las incapacidades que reclama la actora y que en primera instancia le fue ordenado cancelar a la EPS, la entidad informó que en efecto están pendientes de pago y se encuentran en trámite por el área encargada, de donde se observa que siendo la inconformidad de la accionante la falta de pago de dichas incapacidades, el medio para hacer cumplir la orden emitida en la sentencia es a través de los mecanismos que el legislador instituyó para ello (incidente de desacato) previa petición de parte en el evento en que no se haya acatado lo dispuesto, como ocurre en el presente caso según lo indican las mismas partes.

De otro lado, nótese que si bien es cierto al juez constitucional le está dada la posibilidad de fallar extra y ultra petita, como así lo ha reiterado la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal constitucional, no lo es menos, que en el caso que ahora nos ocupa, los nuevos hechos y pretensiones que trae la accionante como soporte de la impugnación relativas al reintegro laboral, debe decirse que estos no han sido objeto de contradicción y en este orden se estarían vulnerando los derechos de la contraparte, aunado a que los mismos constituyen objeto de otra acción a la cual puede acudir, ya sea legal o constitucional según se cumplan los requisitos para ello.

Recordemos que la acción de tutela no puede sustituir los procedimientos de la jurisdicción ordinaria. Los jueces de lo laboral cuentan con la competencia y tienen la experticia necesaria para resolver con una visión constitucional e integral conflictos jurídicos como el que aquí se expone. Asimismo, los mencionados procedimientos ofrecen a las partes condiciones apropiadas para presentar y rebatir las pruebas pertinentes con las apropiadas garantías del debido proceso, máxime que aquí no se acredita la existencia de un perjuicio irremediable o una condición de vulnerabilidad iusfundamental en la accionante que permita que por vía de tutela se le de viabilidad a sus nuevas pretensiones.

Por lo ya considerado y sin entrar en mayores consideraciones este Despacho confirmará en su integridad el fallo del A Quo.

XII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO** de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela de fecha 14 de marzo de 2023 proferido por el Juzgado 63 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá (Juzgado 81 Civil Municipal de Bogotá), por lo expuesto en este proveído.

SEGUNDO: DISPONER se notifique esta decisión a las partes y al Juez de primera instancia por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: ORDENAR la remisión oportuna del expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión del fallo. **OFÍCIESE.** Por secretaría compártase el vínculo del expediente digital con el Juzgado de origen, el que deberá contener las actuaciones surtidas en ambas instancias, para lo de su competencia, con la advertencia de que este despacho remitirá a la Corte Constitucional las piezas procesales exigidas por esa Corporación para una eventual revisión, y que de ser el caso proporcionará las demás que sean requeridas.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

WILSON PALOMO ENCISO
JUEZ

ET

Firmado Por:
Wilson Palomo Enciso
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 012
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: **acbdda7adeab81778885c6725004e44ad5b65e20676065e3b483fce850edc8be**

Documento generado en 27/04/2023 05:51:23 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>