

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Rama Judicial del Poder Público
JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO
Bogotá D. C., dos de agosto de dos mil veintiuno

Ref.: IMPUGNACIÓN TUTELA
Radicado: 2021-00437
Demandante: ANA MARITZA ROZO MORALES
Demandado: COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.
Vinculados: FAMISANAR E.P.S., JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, CLÍNICA PALERMO, CAFAM, COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR Y LA SOCIEDAD SERVIOLA S. A. S.

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 la señora **ANA MARITZA ROZO MORALES**, mayor de edad, quien actúa en nombre propio.

III.- ACCIONADA:

Se dirige la presente acción de tutela en contra de **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. VINCULADOS: FAMISANAR E.P.S., JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, CLÍNICA PALERMO, CAFAM, COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR Y LA SOCIEDAD SERVIOLA S. A. S.**

IV.- DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS:

La petente citó los derechos al **MÍNIMO VITAL, SEGURIDAD SOCIAL y VIDA DIGNA.**

V.- OMISION ENDILGADA A LA ACCIONADA.

Aduce la accionante que se encuentra afiliada a COLFONDOS desde el año 2012, que el 12 de agosto de 2015 fue intervenida quirúrgicamente por diagnóstico de "*LUXACION DE ROTULA, CONDROMALACIA Y TRANSTORNOS ROTULOFEMORALES*", siendo calificada por la Junta Regional de Invalidez con un porcentaje del 35.56%.

Refiere que sus médicos tratantes le han generado incapacidades, toda vez que, luego de la aludida cirugía presentó "*ARTROSIS de RODILLA GRADO IV y DOLOR CRONICO SEVEREO*".

Dice que hasta el 21 de septiembre de 2020 tuvo un total de 180 días continuos de incapacidades, las cuales le fueron canceladas por la E.P.S. a la que se encuentra afiliada.

Afirma que FAMISANAR E.P.S. se negó a pagarle las incapacidades que le fueron generadas “Desde el día 25 de noviembre de 2020 hasta el 27 de noviembre de la misma anualidad, del 2 de diciembre de 2020 hasta el 6 de diciembre de la misma anualidad, del 07 de diciembre de 2020 hasta el 10 de diciembre de la misma anualidad, del 15 de diciembre de 2020 al 17 diciembre de la misma anualidad, del 22 de diciembre de 2020 al 26 de diciembre de la misma anualidad, del 30 de diciembre de 2020 al 03 de enero del 2021, del 15 de enero de 2021 al 17 de enero de la misma anualidad, del 15 de marzo de 2021 al 19 de marzo de la misma anualidad, del 05 de abril del 2021 al 04 de mayo de la misma anualidad, del 05 de mayo del 2021 al 11 de mayo de la misma anualidad, del 12 de mayo del 2021 al 10 de junio de la misma anualidad”, con el argumento que al presentar incapacidades continuas que superan los 180 días, éstas deben ser tramitadas ante la Administradora de Fondo de Pensiones.

Sostiene que el 19 de mayo de 2021 radicó documentos para el pago de dichas incapacidades ante COLFONDOS, administradora que le negó la procedencia de su reconocimiento por cumplimiento del día 540, razón por la cual no le ha cancelado las generadas del 25 de noviembre de 2020 al 10 de junio de 2021.

Aduce que lleva más de 3 meses de incapacidades continuas, sin poder laborar, dado que se le dificulta caminar y el no pago de éstas le afecta su mínimo vital y el de su hija, si se tiene en cuenta que es el único ingreso que tienen para subsistir.

Pretende con esta acción constitucional le sean amparados los derechos fundamentales por ella invocados, ordenándole a COLFONDOS le pague las incapacidades que le fueron emitidas por su médico tratante desde el 25 de noviembre de 2020 al 10 de junio de 2021, así como las sucesivas.

VI.- FALLO DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juez a-quo (38 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA) mediante proveído impugnado dispuso **CONCEDER** el amparo solicitado por la accionante, **ordenándole** a SERVIOLA S.A.S. y a FAMISAR E.P.S. procedan a reconocer y pagar a favor de la tutelante las incapacidades médicas adeudadas y reclamadas en el escrito de tutela, según lo determinado en la parte considerativa de dicha decisión, esto es:

FECHA DE LA INCAPACIDAD:	RESPONSABLE DE SU PAGO/ DEPENDIENDO SI HUBO O NO INTERRUPCIÓN EN EL PERIODO DE LA INCAPACIDAD
Incapacidad N. 0007870124, expedida del día 25 de noviembre de 2020 hasta el 27 de noviembre de la misma anualidad.	El pago de los dos primeros días, esto es, del día 25 al 26 de noviembre de 2020, le corresponde al empleador de la accionante, es decir, a Serviola S.A.S. El pago del tercer día restante de esta incapacidad le corresponde a Famisanar E.P.S.
Incapacidades expedidas en las siguientes fechas: i) del 2 de diciembre al 6 de diciembre de 2020; ii) del 07 de diciembre al 10 de diciembre de 2020; iii) del 15 de diciembre al 17 diciembre de 2020, iv) del 22 de diciembre de 2020 al 26 de diciembre de 2020; v) del 30 de	El pago de la totalidad de los días de estas incapacidades le corresponde a Famisanar E.P.S. , pues no existió interrupción de más de 30 días en la expedición de estas.

diciembre de 2020 al 03 de enero del 2021; vi) del 15 de enero al 17 de enero de 2021 y vii) del 11 de febrero al 12 de febrero de 2021.	
Incapacidades expedidas en las siguientes fechas: i) del 15 de marzo al 19 de marzo de 2021; ii) del 05 de abril al 04 de mayo de 2021; iii) del 05 de mayo al 11 de mayo de 2021; iv) del 12 de mayo al 10 de junio de 2021.	El pago de los dos primeros días, esto es, del día 15 al 16 de marzo de 2021, le corresponde al empleador de la accionante, es decir, a Serviola S.A.S., en razón a que entre la incapacidad anterior y la expedida a partir del 15 de marzo de 2021, transcurrió un término superior a 30 días. El pago a partir del día 17 al 19 de marzo de 2021 por la incapacidad i) le corresponde a Famisanar E.P.S., así como el pago de las demás incapacidades expedidas y citadas en la casilla izquierda, hasta el 10 de junio hogaño, data final de la última incapacidad acreditada.

Igualmente le ordenó a **FAMISANAR E.P.S.** le continúe pagando las incapacidades médicas ininterrumpidas que en el futuro se le otorguen a la demanda, mientras continúe en su cabeza dicha obligación, esto es, hasta el día 180 y, siempre y cuando, cumpla con su deber de emitir el concepto de rehabilitación enviándolo a la AFP COLFONDOS.

VII.- IMPUGNACIÓN:

Impugna la sentencia de primera instancia **SERVIOLA S.A.S.**, argumentando que las pretensiones de la accionante son de responsabilidad exclusiva de un tercero, que ha cumplido a cabalidad con las obligaciones que como empleador de la tutelante le corresponden, vínculo laboral que se encuentra vigente.

Aduce que no resulta acertada la conclusión del a-quo ya que **FAMISANAR E.P.S.** le ha venido expidiendo a la accionante continuas incapacidades médicas por concepto de enfermedad general que a la fecha han superado los 540 días, razón por la cual, superado este tiempo, el pago de las incapacidades que se han generado se encuentra a cargo de la Entidad Promotora de Salud, tal como se dispone en el Artículo 67 literal a) de la Ley 1753 de 2015 - Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 y el Decreto 1333 de 2018 artículo 2.2.3.3.1., por lo que se presenta una falta de legitimidad por pasiva en lo que a dicha sociedad corresponda.

VIII.- 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 art. 86 de nuestra Carta magna así lo consagró. También advirtió 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.- DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS.

PAGO DE INCAPACIDADES (MINIMO VITAL). Se ha decantado jurisprudencialmente que es procedente la acción de tutela para reclamar el pago de las incapacidades laborales cuando la falta de ese pago trasgreda además de un derecho laboral, derechos fundamentales, como el derecho a la salud y al mínimo vital del peticionario.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-333 de 2013, señaló:

"Frente al caso específico de las tutelas impetradas para obtener el pago de incapacidades laborales, debe considerarse un aspecto adicional, relacionado con la importancia que estas representan para quienes se ven obligados a suspender sus actividades laborales por razones de salud y no cuentan con ingresos distintos del salario para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia.

Cuando eso ocurre, la falta de pago de la incapacidad médica no representa solamente el desconocimiento de un derecho laboral, pues, además, puede conducir a que se trasgreden derechos fundamentales, como el derecho a la salud y al mínimo vital del peticionario. En ese contexto, es viable acudir a la acción de tutela, para remediar de la forma más expedita posible la situación de desamparo a la que se ve enfrentada una persona cuando se le priva injustificadamente de los recursos que requiere para subsistir dignamente.

3.5. Así, en lugar de descartar la viabilidad de las tutelas instauradas para obtener el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad laboral, la disponibilidad de instrumentos alternativos de defensa exige que el juez de tutela indague en las circunstancias personales y familiares del promotor del amparo, para verificar si la mora en el pago de las incapacidades compromete sus derechos fundamentales o los de las personas a su cargo; si la ausencia de dichos emolumentos los exponen a un perjuicio irremediable o si, en todo caso, su situación de vulnerabilidad descarta la idoneidad y eficacia de los medios judiciales contemplados para el efecto.

En cualquiera de esas hipótesis, la acción de tutela procederá, para remover los obstáculos que enfrentan quienes soportan circunstancias de debilidad manifiesta, reivindicar su derecho a la igualdad real y efectiva frente a quienes no padecen esas contingencias y materializar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad intrínsecos a la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, dentro del cual se inscribe el derecho a recibir oportunamente el pago de las incapacidades laborales. "

IX.- PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER:

Corresponde al despacho teniendo en cuenta los hechos y antecedentes de esta acción constitucional, así como la decisión adoptada por el juez de primera instancia, pronunciarse y dilucidar si le asiste razón a la impugnante respecto a los puntos en que fundó su reproche.

X.- CASO CONCRETO:

Aplicados los anteriores supuestos jurisprudenciales al caso en estudio, se arriba a la conclusión que el fallo de primer grado debe **CONFIRMARSE**, por las siguientes razones:

Observa el Despacho que, de acuerdo con lo manifestado por la accionante, ésta pretende le sean reconocidas y pagadas las incapacidades que su médico tratante le generó del 25 de noviembre de 2020 al 10 de junio de 2021.

La impugnante **SERVIOLA S.A.S.**, basa su inconformidad argumentando que el pago de las incapacidades reclamadas por la accionante le corresponde a FAMISANAR E.P.S., toda vez que a aquella le han sido emitidas incapacidades continuas que a la fecha de presentación de esta acción constitucional superan los 540 días, tal como lo dispone el art. 67 literal a) de la Ley 1753 de 2015 y Decreto 1333 de 2018 artículo 2.2.3.3.1.

Al plenario adosó la demandante certificado expedido por FAMISANAR E.P.S., en el que se registran las incapacidades que le han sido generadas desde el 7 de enero de 2020 al 10 de junio de 2021, sumando un total de “**170**” días de incapacidad, es decir, contrario a lo señalado por el empleador, no superan los 540 días.

Nótese, si bien es cierto, FAMISANAR E.P.S. junto con el escrito de contestación a la acción de tutela allegó certificado en igual sentido, en el que certificó incapacidades de la accionante desde el 11 de octubre de 2011 al 10 de junio de 2021, para un total de 1.868 días de incapacidad, no lo es menos, que de dicho documento se colige que algunas incapacidades emitidas en ese lapso han tenido interrupciones superiores a los 30 días.

Frente a la interrupción de la continuidad de las incapacidades la Corte Constitucional en Sentencia T-401/17 precisó “**44. Ahora bien, contrario a lo sostenido por la EPS Sanitas, la simple interrupción de la continuidad de los períodos en los que se prescriben certificados de incapacidad no basta para que se pueda predicar una ausencia de continuidad en las incapacidades. En efecto, como lo han reconocido tanto esta Corporación[130] como el Ministerio de Salud y Protección Social, las interrupciones inferiores a 30 días no rompen con la continuidad de un período de incapacidad. De este modo, a partir de la aplicación analógica del artículo 13 de la Resolución 2266 de 1998, “se entiende como prórroga de incapacidad, la que se expide con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación directa con ésta, así se trate de código diferente y siempre y cuando entre una y otra no haya interrupción mayor a treinta (30) días calendario”.** (subraya el despacho).

En ese sentido, no es dable afirmar, en el caso de la accionante, que las incapacidades emitidas por su médico tratante han sido continuas superando los 540 días, pues del certificado expedido por FAMISANAR E.P.S. se desprende que varias de ellas han tenido interrupciones mayores a 30 días, como por ejemplo del 22 de septiembre de 2020 al 24 de noviembre de 2020.

Así las cosas, como las incapacidades médicas reclamadas por la tuteante suman **170** días, el análisis efectuado por el a-quo se encuentra acorde con los lineamientos legales y jurisprudenciales en torno a la materia.

Conforme lo anterior, no se presenta una falta de legitimidad por pasiva como lo reclama el impugnante, ya que la Corte Constitucional en lo referente al **pago de incapacidades laborales hasta los 180 días**, ha advertido que respecto de los dos primeros días su pago corresponde al empleador, en sentencia T-140/2016 dijo:

Teniendo en cuenta la normatividad citada, se entiende que la obligación de pago de las incapacidades temporales por enfermedad o accidente de origen común están en cabeza del empleador o de las diferentes entidades del Sistema de Seguridad Social Integral en función del tiempo transcurrido desde la primera incapacidad hasta la recuperación del trabajador o la calificación de la pérdida de la capacidad laboral tal y como se muestra en el siguiente cuadro:

Días de incapacidad / valor del subsidio	Encargado	Norma	Comentario.
1 a 2 / dos terceras partes del salario.	Empleador	Decreto Reglamentario 2493 de 2013, artículo 1.	El empleador deberá asumir el pago de las incapacidades y en general de todas las prestaciones garantizadas por el Sistema de Seguridad Social Integral cuando no haya afiliado al trabajador o cuando a pesar de haber sido requerido por las entidades del sistema, se haya encontrado en mora en las cotizaciones al momento de ocurrir el siniestro. Sentencia T-723 de 2014.
3 a 180 / dos terceras partes del salario durante los primeros 90 días y la mitad a partir del día 91 y por el tiempo restante.	Entidad Promotora de Salud	Código Sustantivo del Trabajo, artículo 227.	Antes de cumplirse el día 120 de incapacidad, la EPS deberán emitir un concepto médico donde se determine si el trabajador va a recuperarse o no y enviarlo a la AFP antes del día 150. Si tal concepto no es emitido, la EPS deberá asumir el pago de las incapacidades superiores a 180 días y hasta que el mismo sea expedido. En todo caso, la regla general es que las EPS no asumen el pago de incapacidades superiores a 180 días. Sentencia T-729 de 2012.
181 a 540 / la mitad del salario.	Administradora de Fondos de Pensiones	Ley 100, artículo 41, inciso 5.	Aun cuando exista calificación de la pérdida de la capacidad laboral y al trabajador se le haya decretado la incapacidad permanente parcial, la AFP deberá asumir el pago de las incapacidades que se sigan generando y que sean posteriores a los primeros 180 días que fueron cubiertos por la EPS. Sentencia T-920 de 2009.

.”

Las incapacidades que reclama la petente por vía de tutela son las anteriores a los 180 días y generadas desde el 25 de noviembre de 2020 al 10 de junio de 2021.

Acorde con la jurisprudencia antes anotada, le corresponde al empleador el reconocimiento de los dos primeros días de incapacidad, conforme el art. 1º del Decreto Reglamentario 2493 de 2013.

Se concluye de lo anterior que es el empleador de la accionante **SERVIOLA S.A.S.**, el llamado a reconocer y pagar los dos (2) primeros días de las incapacidades conforme el análisis efectuado por el a-quo.

Conforme a lo expuesto la decisión que ha de adoptarse es la de **CONFIRMAR** la sentencia de instancia por las razones aquí anotadas.

IX.- DECISION:

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 23 de junio de 2021, proferido por el **Juzgado 38 Civil Municipal de Bogotá.**

SEGUNDO: DISPONER se notifique esa decisión a las partes 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

MCh.

Firmado Por:

Wilson Palomo Enciso
Juez Circuito
Civil 012

**Juzgado De Circuito
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:

**3ab4b33aceb7652e9b2eac194668a2b107c3602ec0f2c8ba472e8f69
88f1814f**

Documento generado en 02/08/2021 05:56:03 PM

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