

JUZGADO VEINTICINCO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá, D.C., nueve de mayo de dos mil veinticuatro.

Acción de Tutela No. 110014189 039 2024 00368 01

Resuelve el Juzgado la impugnación a que fue sometido el fallo de tutela proferido el 1° de abril de 2024 por el Juzgado 39 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá, en la acción de tutela promovida por CARLOS JULIO VARGAS CARVAJAL contra la EPS FAMISANAR, COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS; trámite dentro del cual se vinculó a SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES, SALUD COLSUBSIDIO, CLÍNICA ONCOLÓGICA 127, BANCO DAVIVIENDA S.A., ENTREKARGA S.A.S., y UNIÓN ANDINA DE TRANSPORTES S.A.S.

1. ANTECEDENTES

1.1. El señor Vargas Carvajal presento acción de tutela pidiendo la protección de sus derechos fundamentales a la integridad personal, salud, seguridad social y vida en condiciones dignas. Solicitó: (i) el pago de las incapacidades médicas que le han sido otorgadas, (ii) la continuidad de los servicios de salud requeridos con ocasión a sus afectaciones de salud, a cargo de Famisanar EPS, (iii) el estudio de su solicitud de pensión por invalidez por parte de Colfondos S.A. y (iv) el no cobro del crédito del que es acreedora la Compañía de Seguros Bolívar.

1.2. Como fundamento fáctico expuso, en síntesis, que, desde el año 2013 ha presentado quebrantos de salud y, a raíz de éstos, le han sido practicados varios procedimientos médicos, como cirugía de columna en el año 2016, cirugía de “*colostomía vía abierta practicada*” en mayo de 2021, lavados y limpiezas para evitar una posible amputación de la pierna izquierda, en ese mismo año, cirugía plástica para la mejora estética de su glúteo afectado, entre otras; permaneciendo incapacitado un total de 11 meses y 3 días.

Para ese momento se encontraba trabajando en la empresa Unión Andina, quien generó el pago de 180 días de incapacidad; sin embargo, su vinculación laboral terminó, por lo que no recibió más pagos por parte de esa compañía.

El 10 de enero de 2023 acudió a atención clínica por presentar dolor e inflamación en las articulaciones, lo que le generó una incapacidad de 3 días, que se prorrogó por 3 días más. Posteriormente, permaneció hospitalizado desde el 16 de enero al 24 de febrero de 2023, siendo diagnosticado con *“Lupus Eritematoso Sistémico”*. Teniendo en cuenta los resultados de los exámenes practicados, se determinó que padece cáncer *“Mieloma Múltiple con Amiloidosis”*, siendo nuevamente hospitalizado e iniciando tratamiento de quimioterapia. Asimismo, le fue ordenado un trasplante de médula ósea para ser practicado por parte del Instituto Nacional de Cancerología, donde le están haciendo exámenes y estudios correspondientes previos a la intervención.

Aseguró, que sostiene una nueva vinculación laboral con la empresa Entrekarga, quien realiza el pago de su seguridad social y efectuó el pago de sus incapacidades por 180 días, hasta julio de 2023; sin embargo, desde ese momento no ha recibido más ingresos, pues ni la compañía, ni la EPS han continuado con el pago de incapacidades.

Asimismo, que el 11 de marzo de 2024, al acudir a la Clínica de la Calle 127 para la continuidad de su servicio de salud, le fue informado que ya no sería atendido por esa institución, debido a cambios administrativos de la EPS, siendo remitido a otra IPS para un nuevo inicio del tratamiento.

Adicionalmente, manifestó que tiene un crédito bancario que no ha podido seguir sufragando al no percibir ingresos, por lo que solicitó su cubrimiento mediante el seguro adquirido en este, no obstante, Seguros Bolívar S.A. negó su petición.

Por último, que COLFONDOS le indicó que debe esperar 6 meses para que evalúen su situación y establecer si tiene derecho a pensión; por lo que considera que los derechos invocados se encuentran vulnerados, al no percibir ingreso alguno, y al verse impedido su tratamiento de salud.

2. EL FALLO IMPUGNADO

El Juzgado de primera instancia, al abordar el caso en concreto, inició por referirse frente a los servicios de salud reclamados por el accionante, señalando que, de acuerdo a las contestaciones allegadas, no existe prueba que permita establecer que la EPS FAMISANAR ha vulnerado, o pueda vulnerar los derechos fundamentales a la vida, a la salud y seguridad social del actor, ni observó que no

se esté le garantizando la prestación del tratamiento que requiere de acuerdo al diagnóstico de cáncer que padece, pues éste le está siendo suministrado por la IPS externa ONCOLIFE quien presta atención integral a los pacientes oncológicos; sin que se evidencie omisión o acción que afecte la continuidad de los servicios de salud requeridos.

Respecto a la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, indicó que la tutela no es procedente para elevar ese tipo de peticiones, pues para ello fueron establecidos mecanismos legales correspondientes, por lo que se incumple el requisito de subsidiariedad que rige a la acción constitucional. Ello, sumado al hecho de que el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral del actor no ha finalizado, en tanto se encuentran pendientes unos procedimientos médicos que deben realizarse para tener por culminado el trámite, y acontecido lo anterior, deberá el accionante agotar el trámite administrativo, ante el fondo de pensiones competente.

Frente a la pretensión encaminada a que Seguros Bolívar estudie la posibilidad de afectar la póliza adquirida para cubrir las sumas adeudadas en virtud del crédito adquirido, destacó que la acción de tutela no fue prevista para definir controversias contractuales, teniendo el actor la facultad de acudir a los medios de defensa judicial establecidos en el ordenamiento jurídico, lo que torna improcedente el amparo deprecado, de cara a ese asunto.

En lo que tiene que ver con el pago de incapacidades, refirió que estas fueron otorgadas por Famisanar EPS, a través de sus médicos adscritos, sin que hayan sido desconocidas. Advirtió, que del 07 de abril de 2021 al 27 de abril de 2022 se otorgaron incapacidades de manera ininterrumpida al actor, por un total de 177 días, las cuales fueron pagadas hasta el 05 de diciembre de 2021, quedando pendientes de pago las generadas entre 06 de diciembre de 2021 a 27 de abril de 2022, por 74 días.

Posteriormente, le fueron otorgadas incapacidades continuas entre el 10 de enero de 2023 al 01 de abril de 2024, que suman 432 días, de las cuales, de acuerdo con lo manifestado por el actor, fueron pagados los primeros 180 días, sin que obre prueba del pago de los demás. Por lo tanto, consideró que, de acuerdo a la ley, COLFONDOS debe asumir el pago de las incapacidades que superan los 180 días, sin que esa labor se encuentre condicionada a la emisión del concepto de rehabilitación integral o a la calificación de pérdida de capacidad laboral.

Así las cosas, concedió el amparo impetrado por el actor, únicamente en lo que refiere al pago de incapacidades, ordenando a COLFONDOS S. A., liquidar y pagar a favor del señor CARLOS JULIO VARGAS CARVAJAL las incapacidades generadas entre el día 181 y hasta un plazo de 540 días, de acuerdo a la discriminación hecha en el fallo. Asimismo, negó las demás pretensiones tutelares.

3. LA IMPUGNACIÓN

En tiempo, COLFONDOS S.A. impugnó la sentencia de primera instancia, manifestando, en resumen, que contrario a lo consignado en el fallo, la última incapacidad pagada al accionante corresponde al 31 de diciembre de 2021 y no al 05 de diciembre de ese año, quedando pendientes las otorgadas entre 15 de enero a 09 de marzo de 2022, para un total de 33 días a cargo de ese fondo de pensiones, pues las generadas con posterioridad al 11 de abril de 2022 fueron pagadas por la compañía Unión Andina.

Respecto a las incapacidades generadas entre 10 de enero de 2023 a 01 de abril de 2024, refirió que no es cierto que su pago no este condicionado a la notificación del concepto de rehabilitación, pues frente a ello existe norma específica que indica que si la EPS no cumple con su deber de notificar el concepto de rehabilitación antes del día 150, debe asumir el pago hasta que realice la respectiva notificación, aún si sobrepasa el día 180, por lo que es claro que si existe una condición para que dicha carga se traslade al AFP. Tampoco se indica en el fallo con precisión cuando se generaron los días 120, 150 y 180 para establecer con seguridad cual es la entidad responsable del pago.

Consideró que, respecto a las incapacidades otorgadas por el diagnóstico de "Mieloma Múltiple", el día 181 se cumplió el 24 de julio de 2023, pero hasta que la EPS no notifique el concepto de rehabilitación de dicha patología a ese Fondo de pensiones, la responsabilidad frente a su pago recae en la EPS.

4. CONSIDERACIONES

4.1. Sea lo primero señalar, que conforme al artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para la protección de los derechos constitucionales fundamentales frente a la vulneración o amenaza por la acción u omisión de las autoridades públicas, y en algunos casos de los particulares, siempre que no se disponga de otra vía judicial expedita para

ello, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable al tenor de lo preceptuado en los artículos 1º, 5º y 8º del Decreto 2591 de 1991.

4.2. Debe decirse que la acción de tutela no fue concebida como un mecanismo principal para la protección de derechos, sino que tiene un carácter extraordinario. Ello no implica que quien encuentre amenazados sus derechos fundamentales, deba agotar absolutamente todos los medios de defensa que existan, sino sólo aquellos que sean idóneos y eficaces para dar solución al problema planteado.

Así las cosas, el mecanismo idóneo para solucionar las controversias sobre el reconocimiento y pago de incapacidades que puedan presentarse entre un afiliado y las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o su empleador, corresponde a la justicia ordinaria.

Sin embargo, se recuerda que la H. Corte Constitucional ha avalado la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales para garantizar el **mínimo vital** del accionante, cuando estas constituyen el único ingreso del mismo. Esa alta Corporación ha estimado:

“(..) si bien por regla general las reclamaciones de acreencias laborales deben ser ventiladas ante la jurisdicción ordinaria, ha sostenido esta Corporación en numerosos casos similares al sometido a revisión, que la acción de tutela, de manera excepcional, resultará procedente para reconocer el pago de incapacidades médicas. Esto, en el entendiendo que al no contar el trabajador con otra fuente de ingresos para garantizar su sostenimiento y el de las personas que dependan de él, la negativa de una E.P.S de cancelar las mencionadas incapacidades puede redundar en una vulneración a los derechos al mínimo vital, seguridad social y vida digna, caso en el cual es imperativa la intervención del juez constitucional.”¹

Esa postura se ha mantenido, puesto que esa Corporación sobre el particular ha manifestado:

“El no pago de una incapacidad médica constituye, en principio, el desconocimiento de un derecho de índole laboral, pero puede generar, además, la violación de derechos fundamentales cuando ese ingreso es la única fuente de subsistencia para una persona y su familia. No sólo se atenta contra el derecho al trabajo en cuanto se hacen indignas las condiciones del mismo sino que también se puede afectar directamente la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos”²

4.3. En lo que respecta a la pérdida de capacidad laboral, la Corte Constitucional ha considerado este como un derecho que tiene toda persona, el cual cobra gran importancia al ser el medio para la realización efectiva de otras garantías

¹ Corte Constitucional, Sentencia T 643 de 4 de septiembre de 2014.

² Corte Constitucional, Sentencia T -311 de 1996, T- 972 de 2013, T-693 de 2017, T- 161 de 2019.

fundamentales como la salud, la seguridad social y el mínimo vital, en tanto que permite determinar a qué tipo de prestaciones tiene derecho el afectado por una enfermedad o accidente, producido con ocasión o como consecuencia de la actividad laboral, o por causas de origen común.³

En virtud de lo anterior, la omisión en la calificación de la pérdida de capacidad laboral transgrede los derechos fundamentales a la salud, vida digna y mínimo vital, pues impide determinar el origen de la afectación, si hubo disminución de la capacidad para trabajar y su porcentaje, para establecer si se debe conceder a favor del afectado algún beneficio económico como una eventual pensión de invalidez.

4.4. En este asunto, lo primero que advierte esta judicatura es que lo que se discute con la impugnación es la orden de pago de incapacidades por parte de COLFONDOS S.A., contenida en el fallo de primera instancia, sin que sobre las demás determinaciones allí adoptadas se observe discusión alguna; por lo tanto, el estudio del caso en segunda instancia se ceñirá a la disputa planteada frente a esa particular orden, sin que se haga necesario abordar las demás decisiones adoptadas por el *a quo*, las cuales, de entrada, se tienen por confirmadas, la no ser cuestionadas ni por el accionante ni por la accionada.

4.5. Ahora, en el *sub-examine* el accionante pretende que sean reconocidas y pagadas las incapacidades médicas otorgadas con ocasión a las afectaciones y patologías que padece.

Frente a lo anterior, lo primero que debe decirse es que el mismo actor, en el escrito de tutela, manifestó que le fueron pagadas las incapacidades hasta julio de 2023 (hecho 5) por parte de su empleador, afirmando que desde ese momento no recibe ingreso alguno, por lo que la presente decisión se ceñirá exclusivamente a las incapacidades que posteriormente se hayan generado, que se encuentren probadas y que, en efecto, no hayan sido pagadas. Para ello, se deben tener en cuenta los certificados de incapacidad aportados a PDF 012, con los que se observa el sobrepaso de los 180 días de incapacidad.

Pues bien, la normativa en materia de seguridad social ha determinado cuáles son los actores dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS- a los que les corresponde el reconocimiento y pago de incapacidades médicas de los trabajadores, en función del tiempo de la incapacidad. En virtud de

³ Sentencia T-876 de 2013

lo contenido en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013 y el inciso 5° del artículo 41 de la Ley 100 de 1993 se ha establecido que:

- i) Si la incapacidad médica tiene una duración de 2 días, el empleador será el encargado de asumir el pago;
- ii) Si tiene una duración superior a dos días y se extiende hasta 180 días, la EPS será la responsable del pago del auxilio económico a su afiliado correspondiente;
- iii) Si aquella supera el día 180 y se extiende hasta el día 540, la administradora de fondo de pensiones a que esté afiliado el trabajador será la responsable del pago del subsidio de incapacidad;
- iv) Las incapacidades médicas emitidas con posterioridad al día 540 deben ser reconocidas y pagadas por la EPS del afiliado, la cual podrá perseguir lo pagado ante la ADRES⁴

Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en precisar que “...el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación”⁵. Pero, en el evento que la EPS no cumpla con la emisión del concepto de rehabilitación -sea favorable o desfavorable- antes del día 120 de incapacidad temporal y la remisión de este a la AFP correspondiente, antes del día 150, de que trata el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, le compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, esto, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.⁶

Precisado lo anterior, le asiste razón al Fondo de Pensiones COLFONDOS S.A. cuando asegura que el responsable del pago de las incapacidades reclamadas es la EPS FAMISANAR, pues no se observa que haya emitido y notificado el concepto de rehabilitación del accionante, ya fuera favorable o desfavorable, en el término señalado, pues nada dijo en ese sentido al momento de dar contestación a la acción de tutela, ni se advierte documento alguno que acredite dicho concepto.

Por lo tanto, es EPS FAMISANAR quien debe asumir las incapacidades otorgadas al actor, no solo desde el día 3 hasta el 180, sino además desde el 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención. No obstante, se advierte que no es posible para este juzgador establecer cuales incapacidades han

⁴ Sentencia T-421/23

⁵ Sentencia T-246 de 2018

⁶ Sentencia T194-2021

sido pagadas y cuáles no, pues de las pruebas recaudadas no se logra extraer esa información; sin embargo, al ser EPS FAMISANAR quien ha emitido todas ellas, teniendo en cuenta la información obrante en las bases de datos de esa entidad, deberá realizar el pago de las incapacidades que se encuentren sin sufragar desde julio de 2023, incluyendo aquellas generadas desde el día 181 y hasta que se emita el concepto de rehabilitación.

Asimismo, se precisa que será responsabilidad de COLFONDOS S.A. reconocer y pagar a favor del actor las incapacidades que se generen desde el momento en que la EPS emita el referido concepto, y hasta el día 540, y las posteriores, se encontraran a cargo de la EPS. No obstante, como en la presente acción de tutela solo se encuentran probadas incapacidades médicas otorgadas hasta el 01 de abril de 2024, serán esos los periodos que se amparan con esta decisión, sin que sea posible referirse a incapacidades futuras.

5. CONCLUSIÓN

Lo expuesto, conlleva a la modificación del ordinal segundo del resuelve de la sentencia de tutela de primera instancia, disponiendo en su lugar, ordenar a EPS FAMISANAR el pago de las incapacidades otorgadas al accionante que se encuentren sin sufragar desde julio de 2023, incluyendo aquellas generadas desde el día 181 y hasta que se emita el concepto de rehabilitación; teniendo en cuenta que esta orden solo ampara las incapacidades que se generaron hasta 01 de abril de 2024, al ser los periodos acreditados.

6. DECISIÓN DE SEGUNDO GRADO

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de este Distrito Capital de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución,

RESUELVE

6.1. Modificar el ordinal segundo la sentencia de fecha 01 de abril de 2024 proferida por el Juzgado 39 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá, en el sentido de:

“SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de **EPS FAMISANAR** y/o quien haga sus veces, sin aún no lo ha hecho, que en el término de cuarenta

y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, proceda a liquidar y pagar a favor del señor CARLOS JULIO VARGAS CARVAJAL identificado con cédula de ciudadanía No. 74.321.120, las incapacidades otorgadas que se encuentren sin sufragar desde julio de 2023, incluyendo aquellas generadas desde el día 181 y hasta que se emita el concepto de rehabilitación del actor, teniendo en cuenta la información obrante en las bases de datos de esa entidad; se precisa que esta orden solo ampara las incapacidades que se generaron hasta 01 de abril de 2024, al ser los periodos acreditados.”

6.2. Confirmar en lo demás, el fallo de tutela referido.

6.3. Notificar esta decisión a las partes y demás interesados por el medio más expedito.

6.4. Remitir las diligencias a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase
El Juez,



LUIS AUGUSTO DUEÑAS BARRETO
T-8939-2024-00368-01

DLR