

Rama Judicial Del Poder Público
JUZGADO VEINTIOCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C



FALLO DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA N°059

REFERENCIA:	ACCIÓN DE TUTELA No 2020-00175
DE:	MARIA LUZ MARINA MARTINEZ PEÑA
CONTRA:	ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONODOS S.A, COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR, ASOCIACIÓN DE AMIGOS CONTRA EL CANCER PROSEGUIR Y FAMISANAR EPS

Bogotá, D.C., diez (10) de junio de dos mil veinte (2020).

Se decide la impugnación interpuesta por la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., en contra del fallo de tutela proferido por el Juzgado Once Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C., el 12 de mayo de 2020, mediante el cual resolvió AMPARAR los derechos fundamentales de la acción de tutela de María Luz Marina Martínez Peña contra FAMISANA EPS.

ANTECEDENTES

La señora María Luz Marina Martínez Peña actuando en nombre propio índico como hechos, los siguientes:

- Que el 5 de enero de 2018, sufrió una caída en su puesto de trabajo como operaria de servicios generales a favor de la empresa Florez y Alvarez.
- Que el día 7 de enero de 2018, se le practicó una cirugía por fractura de la epífisis superior del hombro derecho momento en el cual se generaron las siguientes incapacidades:
 - ✓ Del 5 de enero de 2018 hasta el 3 de febrero 2018
 - ✓ Del 4 de febrero 2018 hasta el 5 marzo de 2018.

- ✓ Del 6 de marzo de 2018 hasta el 15 de marzo de 2018
- ✓ Del 16 de marzo hasta el 17 de marzo de 2018

- Que el 31 de mayo del 2019, le realizaron una intervención quirúrgica para extracción de material a cargo de la ARL Seguros Bolívar, otorgándole incapacidad del 31 de mayo hasta el 29 de junio de 2019.
- Que el 24 de julio de 2019, se realizó cirugía reconstructiva múltiple osteomias y fijación interna por fractura de la epífisis inferior del radio, otorgándole las siguientes incapacidades:
 - ✓ desde el 24 de julio hasta el 22 de agosto de 2019
 - ✓ desde el 23 de agosto hasta el 21 de septiembre de 2019.
 - ✓ Desde el 22 de septiembre hasta el 21 de octubre de 2019.
 - ✓ Desde el 22 de octubre hasta el 20 de noviembre de 2019.
 - ✓ Desde el 21 de noviembre hasta el 20 de diciembre de 2019.
 - ✓ Desde el 21 de diciembre hasta el 19 de enero de 2020.
 - ✓ Desde 20 de enero hasta el 18 de febrero de 2020.
 - ✓ Desde el 19 de febrero hasta el 19 de marzo de 2020.

- Que debido a que sus incapacidades medicas sobrepasan el día 180, solicitó a Colfondos S.A el pago de incapacidades médicas a partir del día 181.
- Que radicó petición ante la EPS FAMISANAR S.A.S, sin que a la fecha se le haya generado respuesta.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado de conocimiento admitió la acción por auto del 28 de abril de 2020, en el que ordenó notificar a la entidad accionada (fl. 22), el trámite de notificación se surtió en debida forma (fls.22).

IV. RESPUESTAS DE LAS ACCIONADAS

- **El Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A.** allegó respuesta a la presente acción constitucional, que reposa en los

folios 23 a 33, manifestó que la Entidad no ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, toda vez que de acuerdo a las patologías que generan las incapacidades son de origen laboral por lo que le corresponde a la ARL, Administradora de Riesgos Laborales, la responsabilidad de acuerdo a la normatividad vigente de pagar las incapacidades generadas por Accidente de Origen Laboral.

Señaló que es la ARL con la cual se tenga contratado el seguro previsional para siniestros la encargada del pago de suma adicional por invalidez, el pago de suma adicional por sobrevivencia, el dictamen de pérdida de capacidad laboral y el pago de subsidio de incapacidad temporal, conforme a la póliza previsional suscrita entre la Compañía de Seguros Bolívar S.A. y Colfondos S.A., tal como lo establece el artículo 142 de la Ley 100 de 1993. Conforme a lo anterior, solicita se declare improcedente la presente acción constitucional.

- La accionada **Compañía de Seguros Bolívar S.A.** arrió al plenario su respuesta el día 4 de mayo de 2020. Manifiesta que Colfondos S.A. contrató con la ARL el seguro previsional IS, el cual cubre los riesgos de invalidez y sobrevivencia a través de la póliza N°600000000-1501, que tiene como cobertura los amparos de la suma adicional necesaria para completar el capital con que se financian las pensiones anteriormente mencionadas.

También indicó que, en virtud de la referida póliza a la fecha la Compañía de Seguros Bolívar S.A., no ha sido notificada de solicitud de subsidio por incapacidades posteriores al día 180 por parte de Colfondos S.A. y a nombre de la accionante; en consecuencia, solicitan ser desvinculados de la presente tutela, debido a que la accionada no ha vulnerado los derechos fundamentales de la actora.

- **La EPS Famisanar S.A.S.**, su respuesta milita a folios 61 a 65, expone que las incapacidades del 24 julio de 2019 al 19 de enero de 2020 se encuentran contabilizadas, liquidadas y en proceso de pago.

Frente a las incapacidades a partir del 20 de enero de 2020, señaló que son superiores al día 180, por lo que el correspondiente pago le corresponde al Fondo de Pensiones que se encuentre afiliada la usuaria, esto es Colfondos S.A.

- **Asociación De Amigos Contra El Cáncer Proseguir**, su respuesta milita a folios 69 a 74. Informó que a la accionante se le realizó un procedimiento quirúrgico por motivo de fractura de epífisis superior del húmero derecho el día 24 de julio de 2019, llevándose a cabo todo el tratamiento posoperatorio, controles, orden de terapias físicas, restricciones laborales e incapacidades desde dicha fecha hasta la actualidad.

V. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C. en sentencia del 12 de mayo de 2020, resolvió:

“PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental de petición de MARIA LUZ MARINA MARTINEZ PEÑA en contra de FAMISANAR EPS, de conformidad a las consideraciones expuestas en la parte motiva. SEGUNDO: ORDENAR a FAMISANAR EPS, que en el término de CUARENTA Y OCHO (48) HORAS posteriores a la notificación de la presente decisión, proceda a emitir respuesta clara y de fondo a la petición presentada por MARIA LUZ MARINA MARTINEZ PEÑA en el mes de enero de dos mil veinte (2020), teniendo en cuenta que se encuentra superado con creces el término legal para su contestación. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A., que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes contadas a partir del momento en que MARIA LUZ MARINA MARTINEZ PEÑA identificada con C.C. No. 51.663.788, radique ante la entidad las prestaciones económicas otorgadas por los galenos tratantes, reconozca y pague las incapacidades médicas No. 9359, 10737, 11095 y las que se sigan causando hasta el día 540. CUARTO: DESVINCULAR a la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR y la ASOCIACIÓN DE AMIGOS CONTRA EL CANCER PROSEGUIR, de conformidad con la parte motiva de esta decisión.”(Fls.71 al 81).

VI. IMPUGNACIÓN

El Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A. allegó escrito de impugnación en contra del fallo proferido el día 12 de mayo de 2020.

Argumenta que, en la Entidad no existe solicitud de pago de incapacidades de origen común por parte de la accionante, sin que de este modo exista omisión de la accionada. También señaló que Famisanar EPS no le ha notificado concepto favorable de rehabilitación a favor de la señora Martínez.

Amén de lo anterior, indicó que de resultar de vital importancia proferir condena, solicita que la misma sea ordenada a la Compañía de Seguros Bolívar S.A., esto en virtud de la póliza previsional. Pues afirma que, de omitirse tal orden la ARL no financiará el pago de las incapacidades y Colfondos S.A. se encuentra en imposibilidad material de realizar el mismo (fls. 82-87).

CONSIDERACIONES

La Acción de Tutela fue instituida como remedio para proteger un derecho con la categoría de fundamental, siempre y cuando se encuentre vulnerado (Art. 86 C.N.) o para prevenir su violación, aun cuando la parte afectada cuente con otro medio de defensa judicial, tal como lo ha dicho la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades:

“la acción de tutela es un mecanismo de protección de los derechos constitucionales fundamentales, que tiene la característica de ser subsidiario y residual, es decir, que no es procedente acudir a ella cuando la persona dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe estar debidamente acreditado en el proceso”¹.

No obstante, se afirma que dicha acción tiene un carácter subsidiario, en tanto que, por regla general, solo procede cuando quien considere vulnerados sus derechos no disponga de otro mecanismo judicial para su protección.

Sin embargo, el principio de subsidiaridad tiene dos excepciones, a saber: 1) Que, a pesar de la existencia de otro mecanismo judicial, este no sea eficaz o idóneo para la protección de los derechos transgredidos; o 2) que

¹ T-022-17

la acción sea interpuesta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Estas reglas fueron recogidas en el artículo 6 del Decreto Ley 2591 de 1991, como aquellos parámetros a través de los cuales se debe evaluar una eventual improcedencia de la acción de tutela. En los términos del decreto ley:

“La acción de tutela no procederá: Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.”

En consecuencia, al evaluar la procedencia de la tutela, el juez debe tener en cuenta, no solamente si existe un mecanismo alternativo para la protección de los derechos afectados, sino también hacer un análisis robusto sobre la idoneidad tal medio respecto a la situación del solicitante, y sobre la inminencia de la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Al respecto la Corte ha sostenido que *“(...) la existencia de ese otro medio judicial no hace de por sí improcedente la intervención del juez de tutela, obligado a evaluar las circunstancias del caso puesto a su conocimiento, a efectos de determinar si el otro medio judicial resulta eficaz y proporcionado, frente a la protección que se le demanda. Es decir, el otro medio de defensa judicial existente, debe, en términos cualitativos, ofrecer la misma protección que el juez constitucional podría otorgar a través del mecanismo excepcional de la tutela.”*²

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha insistido en el carácter excepcional de la procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de derechos de carácter económico derivados de relaciones laborales. Tal premisa, conduce a la necesidad de evaluar los casos concretos bajo la perspectiva de las condiciones objetivas de quien interpone la acción, así como la naturaleza y relevancia que cobra la incapacidad en la garantía de derechos fundamentales, al ser un sustituto

² T-384-98

del salario devengado por quien ha sufrido menoscabo temporal o permanente de su capacidad laboral.

El Sistema General de Seguridad social contempla la protección a la que tienen derecho los trabajadores, en aquellos casos en que se enfrentan a la contingencia de un accidente o enfermedad que genere una incapacidad para desarrollar sus actividades laborales y, en consecuencia, la imposibilidad de proveer su sustento a través de un ingreso económico.

Dicha protección se materializa a través del pago de las incapacidades laborales, seguros, auxilio y pensión de invalidez contemplada en la Ley 100 de 1993, el Decreto 1406 de 1999, el Decreto 1748 de 1995 y el Decreto 692 de 1994, entre otras disposiciones.

Estas medidas son, en parte, el reconocimiento de la importancia que tiene el salario de las personas en la garantía, al menos, del mínimo vital. De no ser así, el sistema no contemplaría el pago de las incapacidades, pues tal contraprestación no tendría ninguna conexión con la garantía del mencionado derecho fundamental y otros conexos.

En consecuencia, el pago de incapacidades tiene una estrecha relación con la garantía del derecho al mínimo vital, a la salud y a la vida digna, en los periodos en los cuales la persona no se encuentra en condiciones adecuadas para realizar labores que le permitan obtener un salario. Con estas reglas, la jurisprudencia de la H. Corte reconoce implícitamente que sin dicha prestación, es difícilmente presumible que se estén garantizando los derechos mencionados.

Dicho lo anterior, pese a que existen otros mecanismos con los que cuenta la actora para hacer valer sus derechos, y teniendo en cuenta la condición especial en que se encuentra por su estado de salud, el Despacho encuentra procedente el estudio de la solicitud efectuada a través de la presente acción, por lo que se entrará a analizar el fondo del asunto de acuerdo con lo manifestado en el escrito de tutela y en el que solicita a través de este medio, la protección de los derechos **fundamentales a la vida digna, a la seguridad social, y al mínimo vital,** por cuanto no se le

han pagado las incapacidades generadas a partir del 19 de abril de 2018 hasta el 7 de septiembre de 2019.

Así las cosas, es oportuno señalar en primera medida lo manifestado por la H. Corte Constitucional, respecto de los derechos fundamentales **al mínimo vital y a la seguridad social**, que se deducen son los presuntamente vulnerados de conformidad con lo expuesto en el escrito de tutela.

- **AFECTACION DEL MÍNIMO VITAL** - Hipótesis mínimas que permiten establecer la vulneración de esta garantía.

El derecho fundamental del mínimo vital, es un concepto ampliamente expuesto por la H. Corte Constitucional, que implica un estudio íntegro, desde el punto de vista de la satisfacción de las necesidades mínimas de la persona, lo que hace necesario evaluar las circunstancias de cada caso concreto, valorando sus elementos, verificando que el tutelante tenga posibilidades de disfrutar el goce de sus necesidades básicas como la alimentación, salud, vestuario, educación, vivienda y recreación, como fuente real del derecho a la dignidad humana.

“La jurisprudencia ha señalado algunos supuestos en los cuales se presume la vulneración del derecho al mínimo vital, los cuales se limitan a las siguientes situaciones de hecho: (i) que no se encuentre acreditado en el expediente que el accionante cuenta con otros ingresos o recursos que permitan su subsistencia; (ii) que se trate de un incumplimiento prolongado e indefinido, esto es, de una omisión superior a dos meses, con excepción de aquella remuneración equivalente a un salario mínimo , y (iii) que las sumas que se reclamen no sean deudas pendientes . De manera que, siempre que se acredite en el trámite de un proceso cualquiera de los anteriores supuestos, el juez de tutela puede proceder al análisis de fondo del asunto planteado, a pesar de que el accionante no acredite directamente la afectación de su mínimo vital por el no pago de acreencias laborales”.
(Sentencia T-016/15)

- **DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL**

Sobre este aspecto, la Corte Constitucional, mediante sentencia T-45 de 2016 ha enfatizado en:

*“El artículo 48 Superior dispone que la seguridad social **(i)** es un servicio público de carácter obligatorio que se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y **(ii)** es a su vez un derecho constitucional fundamental, a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se infiere del siguiente texto “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”*

Así las cosas, se tiene que la Seguridad Social es reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional fundamental. De esta manera, los artículos 48 y 49 de la Carta Política establecen la seguridad social, por un lado, como un derecho irrenunciable y por otro, como un servicio público, de tal manera que, por la estructura de este derecho, es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución. Conforme a la jurisprudencia constitucional, el derecho a la seguridad social es un real derecho fundamental cuya efectividad se deriva de:

“(i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad. Sin embargo, el carácter fundamental del derecho a la seguridad social no puede ser confundido con su aptitud de hacerse efectivo a través de la acción de tutela. En este sentido, la protección del derecho fundamental a la seguridad social por vía de tutela solo tiene lugar cuando (i) adquiere los rasgos de un derecho subjetivo; (ii) la falta o deficiencia de su regulación normativa vulnera gravemente un derecho fundamental al punto que impide llevar una vida digna; y (iii) cuando la acción satisface los requisitos de procedibilidad exigibles en todos los casos y respecto de todos los derechos fundamentales” (sentencia T-164/13)

En ese sentido, es preciso indicar lo expresado por la H. Corte Constitucional cuando manifiesta que el pago de incapacidad laboral sustituye el salario durante el tiempo en el cual el trabajador se encuentra involuntariamente al margen de sus labores.

El pago de incapacidades tiene una estrecha relación con la garantía del derecho al mínimo vital, a la salud y a la vida digna, en los periodos en los cuales la persona no se encuentra en condiciones adecuadas para realizar labores que le permitan obtener un salario. Con estas reglas, la Corte reconoce implícitamente que sin dicha prestación, es difícilmente presumible que se estén garantizando los derechos mencionados.

PERIODO	ENTIDAD OBLIGADA	FUENTE NORMATIVA
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013.
Día 3 a 180	EPS	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013.
Día 181 hasta un plazo de 540 días	FONDO DE PENSIONES	Artículo 52 de la Ley 962 de 2005.
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

CASO EN CONCRETO

De acuerdo con los antecedentes antes descritos, la accionada la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., solicita se revoque la sentencia proferida por el Juzgado Once Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C, el día 12 de mayo de 2020.

Al respecto, la accionada pretende se declare improcedente la presente acción constitucional, debido a que no existe solicitud de pago de incapacidades de origen común por parte de la accionante, así como tampoco la entidad accionada Famisanar EPS ha notificado concepto favorable de rehabilitación de la actora.

De acuerdo a las consideraciones dadas en antelación, sería el caso confirmar la decisión adoptada por el Juez de primera instancia, toda vez que las incapacidades de las cuales se pretende el pago superan el día 180 y en principio le correspondería su pago a la accionada Colfondos S.A; sin embargo, esta Juzgadora encuentra que le asiste razón a la entidad

accionada ya que se configura el defecto aducido en el escrito de impugnación. Esto, por cuanto los medios probatorios arrimados al plenario no dan cuenta del concepto de rehabilitación emitido por la EPS FAMISANAR., ya sea favorable o desfavorable.

Pues debe tenerse de presente que, conforme al precedente jurisprudencial atrás referenciado, en el evento de que la EPS no emita concepto de rehabilitación, es esta Entidad la que tiene la obligación de pagar con sus propios recursos las incapacidades desde el día 181 hasta que realice el correspondiente concepto:

“Ahora, 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 del mismo 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.”³

Según lo anterior, de conformidad con lo manifestado en los documentos allegados al expediente, se observa que las incapacidades que se encuentran pendiente por cancelar y que en el presente caso le corresponde el pago a EPS Famisanar son las siguientes:

Fecha de inicio	Fecha final
20 de enero de 2020	18 de febrero de 2020.
19 de febrero de 2020	18 de marzo de 2020
19 de marzo de 2020	02 de abril de 2020
03 de abril de 2020	17 de abril de 2020

Así las cosas, se revocará parcialmente la sentencia proferida por el Juzgado Once Municipal Laboral de Pequeñas Causas de Bogotá, en el sentido de modificar el numeral tercero, para en su lugar ordenar a la Entidad accionada Famisanar EPS en cabeza de su representante legal o quien haga sus veces, para que en caso de no haberlo realizado, en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la notificación de la presente providencia, realice el pago a la accionante

³ T-246-18

de las incapacidades correspondientes desde el 20 de enero de 2020 hasta el 17 de abril de 2020, por las razones expuestas en este proveído, confirmando en todo lo demás la sentencia impugnada.

En conclusión y de conformidad con lo expuesto, el **JUZGADO VEINTIOCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Juzgado Once Municipal Laboral de Pequeñas Causas de Bogotá, en el sentido de modificar el numeral tercero y en su lugar ordenar a la Entidad accionada **FAMISANAR EPS** en cabeza de su representante legal o quien haga sus veces, para que en caso de no haberlo realizado, en el término improrrogable de cuarenta y ocho horas contados a partir de la notificación de la presente providencia, realice el pago de las incapacidades correspondientes desde el 20 de enero de 2020 hasta el 17 de abril de 2020, por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia impugnada.

TERCERO: NOTIFIQUESE la presente providencia de conformidad con lo establecido por el artículo 5° del Decreto 306 de 1992.

CUARTO: DISPONER la remisión del expediente a la H. Corte Constitucional para la eventual revisión de esta sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIANA ELISSET ALVAREZ LONDOÑO
JUEZ

**JUZGADO VEINTIOCHO LABORAL DEL
CIRCUITO BOGOTÁ D.C.**

El presente auto se notifica a las partes
por anotación en Estado N° fijado hoy

LUIS EDUARDO CAMARGO FORERO
SECRETARIO