

JUZGADO TREINTA Y DOS CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ



Bogotá D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil veinte (2020)

Radicado: 11001400303220200063800
Asunto: Acción de tutela
Accionante: José William Sánchez Flórez
Accionada: EPS Famisanar S.A.S.
Decisión: Concede (vida, salud, seguridad social, mínimo vital y dignidad humana)

Se procede a resolver la acción de tutela de la referencia, trámite al que fueron vinculados el Hospital Universitario Clínica San Rafael, la Clínica Palermo, el señor Carlos España Narváez y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

ANTECEDENTES

José William Sánchez Flórez, en nombre propio, deprecó la protección de sus derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social, mínimo vital y dignidad humana presuntamente vulnerados por la EPS Famisanar S.A.S., debido a que no le han sido canceladas las incapacidades que le han sido suministradas por los médicos tratantes, con ocasión de la enfermedad que lo aqueja en la actualidad.

En consecuencia, solicitó ordenar a la EPS encartada que reconozca y pague las incapacidades del 16 de mayo al 15 de octubre de 2020 y las que se generen con posterioridad, que de superar los 180 días se ordene lo mismo al fondo de pensiones, que se le dé un trámite prioritario y que se advierta a la EPS no incurrir en prácticas dilatorias.

Relató que desde el 24 de agosto de 2019 se encuentra afiliado a la EPS Famisanar S.A.S. en calidad de cotizante y desde el 6 de mayo de la presente anualidad se ha visto desmejorada su condición de salud, pues fue diagnosticado con “mieloma múltiple”, enfermedad por la cual se encuentra hospitalizado en la actualidad; que desde el 16 de mayo de 2020 cuenta con una incapacidad médica que a la fecha de la interposición de la tutela suma 150 días y no posee ingresos adicionales a su salario, y su compañera sentimental no cuenta con un vínculo laboral vigente por los cuidados permanentes que requiere.

Agregó que su empleador, el señor Carlos España Narváez, por la crisis económica derivada de la emergencia sanitaria, tiene todas sus cuentas bancarias embargadas por lo cual no puede disponer de los recursos que allí se depositen y por esta razón, su compañera radicó ante la EPS una autorización para que se realizara el pago de las incapacidades de forma directa a la cuenta bancaria del accionante; no obstante, tal solicitud fue negada con sustento en que los pagos solo se pueden realizar al titular de la prestación que es el empleador; respuesta que fue reiterada en una posterior petición frente al pago de las incapacidades del 22 de junio al 6 de julio del año en curso.

El señor **Carlos España Narváez** adujo ser el empleador del actor y señaló que ha realizado los aportes a la seguridad social de forma puntual; que ha intentado gestionar el cobro de las incapacidades ante la EPS, pero aquella ha omitido desembolsar el pago, situación que genera un perjuicio al señor Sánchez Flórez; y que autorizó para que el pago de las incapacidades se generara de forma inmediata a la cuenta del trabajador, pero la EPS se negó. Por todo lo anterior, solicitó que se emita sentencia favorable a las pretensiones del accionante contra la EPS y el fondo de pensiones, ya que son ellos los llamados al reconocimiento de las incapacidades, pues si bien es cierto que tiene la obligación como empleador de desembolsarlos, por motivos económicos sus cuentas bancarias han sido objeto de medidas cautelares.

El **Hospital Universitario Clínica San Rafael** alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva al no tener injerencia en el pago de las incapacidades y por no existir una vulneración a los derechos fundamentales del accionante de su parte. Sin embargo, contextualizó las atenciones brindadas al señor José William Sánchez Flórez.

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.** afirmó la improcedencia del pago de incapacidades, por cuanto la EPS remitió el 31 de agosto de 2020 concepto de rehabilitación con pronóstico desfavorable, razón por la cual no se encuentra obligada a tal pago sino a la calificación de la merma de capacidad laboral de conformidad con el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012.

La **EPS Famisanar S.A.S.** adujo haber autorizado y garantizado los servicios que ha requerido el paciente, y en cuanto al pago de incapacidades deprecado formuló la falta de legitimación en la causa por pasiva ya que la vulneración es de parte del empleador al no acatar la normativa y la jurisprudencia vigente, pues es a él a quien le corresponde, entre otras cosas, cancelar las licencias e incapacidades en los periodos de pago de la nómina de sus trabajadores y luego, solicitar el reembolso a la EPS. Agregó que

cualquier discusión en torno al reembolso de la incapacidad al empleador será debate a resolver en otras instancias y que cualquier orden de tutela al respecto, implicaría un doble pago que no está contemplado en las normas que racionalizan el SGSSS.

La **Clínica Palermo** guardó silencio a pesar de haber sido notificada en debida forma.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a una persona la posibilidad de acudir sin mayores requerimientos de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado. Tiene como finalidad que, consideradas las circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los fines esenciales del Estado consistente en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (C.C. Sentencia T-001 de 1992 M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

En presente asunto se duele el promotor del amparo por la falta de pago de las incapacidades que se le han generado desde el 16 de mayo al 15 de octubre de 2020, por lo tanto, le corresponde determinar a este despacho si tal escenario configura una violación a sus garantías fundamentales a la vida, salud, seguridad social, mínimo vital y dignidad humana.

Sea lo primero destacar que se satisfacen los presupuestos para la procedencia de la acción de tutela contra particulares, toda vez que la entidad convocada presta un servicio público relacionado con la seguridad social (numeral 2° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991).

Así mismo, se cumple con el requisito de inmediatez, pues se observa que la vulneración de sus derechos, a propósito del no reconocimiento ni pago de las incapacidades empezó desde el 16 de mayo de 2020 y se prolonga hasta la fecha de presentación de la tutela. Sobre lo anterior, la jurisprudencia sobre la materia ha considerado que “(...) no es exigible de manera estricta el principio de inmediatez en la interposición de la tutela, (i) **cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual (...)**” (C.C. Sentencia T-161 de 2019 M.P. Cristina Pardo Schlesinger).

También conviene relieves que, pese a que la súplica constitucional no es el mecanismo adecuado para ventilar las controversias relativas al pago de incapacidades, pues en principio ellas deben ser controvertidas en la justicia ordinaria, aquella es procedente cuando estas constituyen la única fuente de sustento o de recursos económicos que permiten sufragar las necesidades básicas del accionante, como en el caso que se estudia. Al respecto, ha dicho el Tribunal Constitucional que:

“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 y/o a la Superintendencia Nacional de Salud. Sin embargo, **cuando el pago de incapacidades laborales constituye el único medio para la satisfacción de necesidades básicas, la acción de tutela también se convierte en mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental al mínimo vital**” (C.C. Sentencia T-008 de 2018 M.P. Alberto Rojas Ríos).

Además, la referida Corporación precisó que existe una “(...) presunción respecto al no pago de prestaciones económicas como consecuencia de incapacidades laborales, esto es, que se presume que las mismas son la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizarse su mínimo vital y el de su familia, como ocurre con su salario” (C.C. Sentencia T-680 de 2008 M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

En el caso que se analiza se tiene prueba en el expediente que el señor José William Sánchez Flórez tiene como empleador al señor Carlos España Narváez; que se encuentra afiliado a EPS Famisanar S.A.S. y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que le han sido otorgadas las incapacidades por enfermedad general, identificadas con N.º 103010000380206 del 16/05/2020 al 14/06/2020 (30 días), 0007628587 del 07/07/2020 al 28/07/2020 (15 días), 0007628588 del 27/07/2020 al 25/08/2020 (30 días), 2126625 del 07/07/2020 al 21/07/2020 (15 días), UR-130-59 del 08/08/2020 al 06/09/2020 (30 días), UR-140-75 del 02/09/2020 al 16/06/2020 (15 días), UR-144321 del 16/09/2020 al 15/10/2020 (30 días), para un total de 165 días; y que el 31 de agosto de 2020 la EPS Famisanar S.A.S. remitió concepto con pronóstico de rehabilitación desfavorable, señalando como diagnósticos “mieloma múltiple” e “insuficiencia renal crónica, no especificada”.

A pesar de lo anterior, no hay medio probatorio que refrende el pago de tales incapacidades, bien sea por parte del empleador o por la EPS

accionada, circunstancia que hace palmaria la vulneración a las prerrogativas fundamentales del señor Sánchez Flórez.

Sobre el tema, la Corte Constitucional en reciente pronunciamiento precisó que la obligación del pago de incapacidades se encuentra distribuida de la siguiente manera:

- i. Entre el día **1** y **2** será el empleador el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.
- ii. Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado con ocasión a su estado de salud, es decir, a partir del día 3 hasta el día número **180**, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.
- iii. Desde el día **181** y hasta un plazo de **540** días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS (...)
- iv. Ahora bien, en cuanto al pago de las incapacidades que **superan los 540 días**, (...) el Gobierno Nacional, expidió la Ley 1753 de 2015 mediante la cual buscó dar una solución a al aludido déficit de protección. Así, dispuso en el artículo 67 de la mencionada ley, que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras cosas '[al] reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos'. Es decir, se le atribuyó la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS (...)" (C.C. Sentencia T-161 de 2019 M.P. Cristina Pardo Schlesinger).

En ese orden de ideas, en el caso que se estudia, de los primeros dos días le corresponde el pago de las incapacidades al empleador Carlos España Narváez, del 3 al 180 a la EPS Famisanar S.A.S., y si llegase a suceder, del 181 al 540 a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y del 541 en adelante a la EPS Famisanar S.A.S.

Pero, como solo se tiene la ausencia probatoria en lo que respecta a las incapacidades debidamente acreditadas hasta el día 165, se tiene que son responsables según lo afirmado, el señor España Narváez en calidad de empleador y la EPS Famisanar S.A.S. en las correspondientes proporciones.

Así las cosas, se concederá el amparo rogado con miras a evitar la continuación en la vulneración de los derechos fundamentales del actor, pues la ausencia de pago de las incapacidades o la dilación injustificada va en contravía especialmente de las prerrogativas a la salud, al mínimo vital y a la dignidad humana. Al respecto, la jurisprudencia ha dicho:

“reconocer el pago de incapacidades por enfermedades no laborales se convierte en una herramienta idónea y sustancial para lograr una verdadera tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores, entre los cuales se encuentran: ‘(...) (i) **La salud**, en la medida que permite al afiliado disponer de una suma de dinero periódica a pesar de que en estricto sentido no exista prestación de servicio, circunstancia que contribuirá a la recuperación satisfactoria de su estado de salud, puesto que le permite seguir con el tratamiento prescrito por el médico tratante y guardar el reposo requerido para su óptima recuperación (...) (ii) **El mínimo vital**, por cuanto constituye la única fuente de ingresos económicos que permiten satisfacer las necesidades básicas personales y familiares del actor, en la medida que posibilita la conservación del giro ordinario del proyecto vital del beneficiario y de su grupo familiar’. De igual forma, la Sala considera que este tipo de amortizaciones permiten salvaguardar la **dignidad humana** como derecho fundamental, teniendo en cuenta que en muchos casos el pago de estos recursos se convierten en el único ingreso que permite a los trabajadores satisfacer sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, entre otros que en últimas son prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional” (C.C. Sentencia T-447 de 2017 M.P. Alejandro Linares Cantillo).

Situación que se agrava si se tiene en cuenta la condición médica del accionante, quien padece de “mieloma múltiple”¹ e “insuficiencia renal crónica”, es decir, enfermedades catastróficas que como lo ha sostenido el máximo tribunal constitucional, “son las afecciones graves, por lo general incurables, que ponen en peligro constantemente la vida de los pacientes, de igual forma, configuran diagnósticos clínicos cuyos tratamientos son costosos, que necesitan de muchos cuidados para su control, alteran totalmente la vida de los pacientes y de sus familias; afectando directamente sus rutinas domésticas, su trabajo, y las actividades que desempeñan en el

¹ “El mieloma múltiple es un cáncer de células plasmáticas. Las células plasmáticas normales se encuentran en la médula ósea y son un componente importante del sistema inmunitario. 8...) En general, cuando las células plasmáticas se vuelven cancerosas y crecen fuera de control, esto se denomina mieloma múltiple.”. Obtenido de: <https://www.cancer.org/es/cancer/mieloma-multiple/acerca/que-es-mieloma-multiple.html#:~:text=El%20mieloma%20m%C3%BAltiple%20es%20un,las%20infecciones%20y%20otras%20enfermedades>.

quehacer diario. Por ende, los pacientes a quienes se les diagnostique una enfermedad de este tipo, tienden a pasar a depender, total o parcialmente, de medicamentos, sesiones de rehabilitación, cirugías paliativas o curativas, el suministro de insumos (sillas de ruedas o prótesis, por ejemplo), tratamientos ininterrumpidos como las diálisis o trasplantes; lo cual hace necesario que cuenten con ayuda física, emocional y muchas veces económica para el manejo de las respectivas enfermedades” (*Ídem*).

Así las cosas, para evitar la continuidad en la conculcación a las prerrogativas fundamentales del señor José William Sánchez Flórez quien se encuentra en un estado de debilidad manifiesta que exige un tratamiento especial, atendiendo la situación atrás señaladas, se ordenará que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia: (i) el señor Carlos España Narváez, en calidad de empleador, si aún no lo ha hecho, reconozca y pague a José William Sánchez Flórez los dos primeros días de la incapacidad, esto es, del 16/05/2020 al 17/05/2020, y que (ii) Fredy Alexander Caicedo Sierra, en calidad de director de operaciones comerciales de la EPS Famisanar S.A.S. o quien haga sus veces, si aún no lo ha hecho, reconozca y pague a José William Sánchez Flórez las incapacidades generadas a partir del 18/05/2020 hasta el 15/10/2020 y las que en adelante se causen hasta el día 180.

Lo anterior, sin que puedan ser de recibo los argumentos expuestos por la EPS querellada, porque a pesar de la facultad de recobro que poseen los empleadores ante las EPS cuando cancelan las incapacidades de sus trabajadores, lo cierto es que en el presente asunto el empleador no ha satisfecho tal pago por las razones económicas esgrimidas² y en todo caso, subsiste la obligación en cabeza de la EPS del pago de las incapacidades a partir del día 3 hasta el 180 de acuerdo con la doctrina constitucional traída a colación en esta sentencia; circunstancias que en todo caso, no pueden terminar siendo asumidas por el trabajador, quien, sin intención de redundar, se ha visto en un contexto médico desfavorable y además desprovisto de los pagos a los que tiene derecho ante tal contingencia.

Siendo entonces necesario, optar en el caso en particular por la prevalencia en la protección de los derechos del accionante sobre el mecanismo de recobro sustentado por la entidad accionada. Sin embargo, para evitar un doble pago, se precisará que, como consecuencia del pago aquí ordenado, el empleador no podrá acudir con posterioridad a la figura del recobro ante la EPS Famisanar S.A.S. sobre las sumas que aquella cancele directamente a José William Sánchez Flórez.

² Véase contestación a la vinculación del señor Carlos España Narváez y téngase en cuenta que no se arrimó prueba que acredite tales pagos.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta y Dos Civil Municipal de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero: Conceder el amparo a los derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social, mínimo vital y dignidad humana del señor José William Sánchez Flórez, conforme a lo argumentado.

Segundo: Ordenar que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia: (i) el señor Carlos España Narváez, en calidad de empleador, si aún no lo ha hecho, reconozca y pague a José William Sánchez Flórez los dos primeros días de la incapacidad, esto es, del 16/05/2020 al 17/05/2020, y que (ii) Fredy Alexander Caicedo Sierra, en calidad de director de operaciones comerciales de la EPS Famisanar S.A.S. o quien haga sus veces, si aún no lo ha hecho, reconozca y pague a José William Sánchez Flórez las incapacidades generadas a partir del 18/05/2020 hasta el 15/10/2020 y las que en adelante se causen hasta el día 180.

Del cumplimiento de lo aquí ordenado deberán informar al despacho.

Tercero: Precisar que, como consecuencia del pago aquí ordenado, el empleador Carlos España Narváez no podrá acudir con posterioridad a la figura del recobro ante la EPS Famisanar S.A.S. sobre las sumas que aquella cancele directamente a José William Sánchez Flórez.

Cuarto: Si no fuere impugnada, **enviar** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en la oportunidad procesal pertinente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA CECILIA SOLER RINCÓN

Juez

Firmado Por:

OLGA CECILIA SOLER RINCON

JUEZ MUNICIPAL

JUZGADO 032 CIVIL MUNICIPAL DE 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:

**235a89f8a2869e359f07a28e6d050a36ac85252c8a76334d1aec4686c36d1
2a7**

Documento generado en 28/10/2020 04:38:34 p.m.

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