



**JUZGADO CUARENTA Y NUEVE CIVIL MUNICIPAL**

Bogotá, D.C., tres (3) de junio de Dos mil veintiuno (2021)

**ACCIÓN DE TUTELA No. 11001400304920210041100**

**ACCIONANTE: MARÍA ISABEL BUENO GARCÍA**

**ACCIONADO: PORVENIR S.A.**

Se decide en sede de tutela el asunto del epígrafe.

**ANTECEDENTES**

**MARIA ISABEL BUENO GARCIA** actuando en nombre propio, acudió en sede constitucional de tutela bajo los lindes del canon 86 buscando protección a los derechos fundamentales de Mínimo Vital, Vida Digna y Seguridad Social, con base en la siguiente situación fáctica:

Manifestó la peticionaria, que se encuentra afiliada al sistema de seguridad social en salud en calidad de cotizante, ante la EPS FAMISANAR.

Señaló, que el 23 de noviembre de 2019 el médico tratante le diagnosticó "*Radiculopatía extrusión del disco L4 L5*", generando incapacidades que han sido pagadas por la EPS FAMISANAR hasta el día 180, conforme lo ordena la ley.

Agregó, que a partir del día 181 ha tenido que recurrir a la acción de tutela para que PORVENIR S.A. le cancele las incapacidades, quien en este momento adeuda la correspondiente a la generada del 11 de abril al 23 de mayo de 2021, que no ha sido recibida, reconocida ni pagada.

Por lo anterior, considera vulnerados sus derechos fundamentales, pues el pago de las incapacidades constituye su único sustento para sobrevivir.

### **La actuación surtida en esta instancia**

Se avocó conocimiento el pasado veinticuatro (24) de mayo de los corrientes, disponiéndose el requerimiento a la entidad encartada y a las vinculadas, para que en el término de tres (3) días ejercieran su derecho de defensa.

En el mismo proveído se dispuso vincular a FAMISANAR EPS, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES, MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

Vencido el término concedido, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. por intermedio de la Directora de Acciones Constitucionales, señaló que se debe declarar improcedente la presente solicitud, como quiera que no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la peticionaria, teniendo en cuenta que para el reconocimiento y pago de las incapacidades reclamadas se requiere de un concepto favorable emitido por la EPS, lo cual no ha ocurrido en este asunto y por ende lo precedente es adelantar el proceso de valoración de pérdida de capacidad laboral y proteger la estabilidad laboral reforzada de la accionante a través de su empleador.

FAMISAR E.P.S., a través del Director de Operaciones Comerciales, solicitó su desvinculación de la presente acción constitucional, al considerar que dicho mecanismo no es idóneo para dirimir conflictos que involucran obligaciones dinerarias, aunado a que la accionante no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable por el no pago de dichos emolumentos.

Agregó, que la entidad encargada de efectuar el pago de las incapacidades reclamadas en esta causa es el fondo de pensiones, como quiera que estas superan los 180 días continuos de incapacidad temporal.

El MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCIÓN SOCIAL por intermedio de la Coordinadora Grupo de Acciones Constitucionales, alegó falta de legitimación en la causa, como quiera que no es la entidad encargada de cumplir con el reconocimiento y pago de incapacidades médicas.

Añadió, que el pago de las incapacidades reclamadas y que superen los 540 días, corresponde a la EPS, quien podrá efectuar el recobro respectivo ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.

Por su parte, la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES a través de la oficina asesora jurídica, manifestó que no es función de esa entidad el reconocimiento prestaciones solicitado, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión ajena a la misma, razón por la cual solicitó su desvinculación de las presentes diligencias.

### **CONSIDERACIONES**

El artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 niega esta vía extraordinaria de protección, entre otros casos, *“Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella (la acción de tutela) 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 encuentre el solicitante”*.

Prudente es reiterar que el procedimiento constitucional de carácter residual, autónomo, directo y sumario, sólo por excepción puede sustituir los judiciales ordinarios establecidos por el legislador, por lo que no puede considerarse como un mecanismo judicial de carácter alternativo, claro está, sin desconocer su viabilidad en casos excepcionales para garantizar los derechos fundamentales de las personas preservando su dignidad y su autonomía, y así, no sean objeto de amenazas o de violación por parte de las autoridades públicas, o de particulares sin que implique, se repite, que el juez constitucional pueda desplazar con su actividad a los jueces ordinarios o invadir su competencia.

Descendiendo al caso concreto, se evidencia que la inconformidad de la accionante radica en que la entidad accionada vulnera sus derechos fundamentales al negarse a reconocer y pagar las incapacidades generadas desde el 11 de abril del 2021 hasta la fecha y las que se sigan emitiendo.

Para resolver, se debe comenzar por resaltar que la Constitución de 1991 dotó a la seguridad social de un carácter dual que abarca una perspectiva como derecho fundamental y otra como servicio público. Tal concepción resulta de la lectura

armónica de los artículos 48 y 49 de dicho texto en consonancia con la Ley 100 de 1993.

Que los artículos 48 –inciso final- y 4° de la Ley 100 de 1993 –primer inciso- presentan a la seguridad social como un servicio público obligatorio cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado, que está forzado a garantizar su satisfacción conforme a principios como la eficiencia, la universalidad y la solidaridad. La seguridad social es definida también por la Ley 100, desde su perspectiva como sistema de salud, como un servicio público esencial. Ello coincide con lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución Política que define la atención en salud como un servicio público igualmente a cargo del Estado.

La Ley 100 de 1993, por su parte, califica a la seguridad social como un sistema que se encarga de asegurar los derechos irrenunciables y la dignidad predicable de los individuos y la comunidad en general, y que está diseñado para ofrecer y prestar efectivamente todas las alternativas precisas para el cubrimiento de las contingencias en él previstas. El sistema está dado por las obligaciones propias del Estado y de la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de orden económico, médico y demás servicios complementarios estipulados en ésta y otras leyes relativas.

De acuerdo con lo anterior y sobre la acción de tutela debe señalarse que esta no procede, en principio, para ordenar el reconocimiento de prestaciones derivadas del derecho a la seguridad social, como las incapacidades por enfermedad general o profesional. Sin embargo, el ordenamiento jurídico colombiano y, durante un amplio lapso, la doctrina constitucional, incluida a su vez la jurisprudencia de la Corte Constitucional, acogió la distinción teórica entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos sociales, económicos y culturales, de otra. Los primeros generadores de obligaciones negativas o de abstención y por ello reconocidos en su calidad de derechos fundamentales y susceptibles de protección directa por vía de tutela. Los segundos, desprovistos de carácter fundamental por ser fuente de prestaciones u obligaciones positivas, frente a los cuales, por esta misma razón, la acción de tutela resultaba, en principio, improcedente.

Ahora bien, el juicio de procedibilidad de la acción de tutela no puede ser igual en todos los casos, pues este debe ser flexible cuando se trata de personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta y demandan una protección

constitucional especial como son, los ancianos, los niños, las mujeres embarazadas, las madres o padres cabeza de familia o las personas que padecen algún tipo de discapacidad física o mental, eventos en los cuales la procedencia de la acción se hace menos estricta.

De esta manera, el pago de las incapacidades laborales adquiere especial importancia y por tanto se justifica la presentación de la acción de tutela, por cuanto las mismas sustituyen el salario del trabajador durante el tiempo en el que éste, en razón de su enfermedad, se encuentra imposibilitado para ejercer su profesión u oficio y carece además de otros medios de subsistencia.

Así las cosas, en esos eventos, habría lugar a su protección por vía de tutela, al constituir el reconocimiento del subsidio la única fuente de ingresos para garantizar la subsistencia. Al respecto la Corte ha manifestado lo siguiente:

*“...El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedades debidamente certificadas, según las disposiciones legales. No solamente se constituye en una forma de remuneración 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”.*

De acuerdo con lo anterior, la acción de tutela resulta procedente para exigir el pago de incapacidades laborales, cuando se afecta el mínimo vital del trabajador.

Ahora bien, en el asunto que ocupa la atención del despacho, es claro que atendiendo los parámetros establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia T-404 de 2014, le corresponde a una de las entidades del sistema de seguridad social, el pago de las incapacidades, en este caso de la accionante, pues el subsidio de incapacidad constituye el sustento que reemplaza el salario que devengaría, razón por la que su falta de pago, constituye indefectiblemente una afectación al mínimo vital del trabajador y, a raíz de la expedición de la Ley 1753 de 2015, es claro que tal obligación recae sobre la E.P.S., que a su vez es quien continúa expidiendo incapacidades.

En este caso, se encuentra que las incapacidades requeridas, fueron las generadas con posterioridad al día 540, (pues así se extrae de la documentación aportada por FAMISANAR EPS quien certifica que la accionante cuenta con 622 días de

incapacidad), asunto que carecía de regulación específica, por lo cual pese a que en principio no correspondía su pago a ninguno de los participantes del sistema de seguridad social, la Corte Constitucional, con anterioridad a la expedición de la Ley 1753 de 2015, había señalado que al juez en tutela le correspondía definir provisionalmente y en caso de tratarse de una persona que tuviera afectado un derecho fundamental, el responsable del pago de la prestación económica, como quiera que las controversias administrativas acerca de cuál debe ser en definitiva la entidad obligada y con competencia para asumir el pago, no era una razón legítima para negarle o posponer a una persona la protección de sus derechos o trasladarle la carga de la polémica, pues se le estarían limitando o desconociendo sus derechos de rango constitucional, dejando eso sí abierta la posibilidad que para quien se ordene el cumplimiento de la obligación tenga la facultad de repetir contra quien creyera que era el verdadero obligado, de acuerdo con la ley y los reglamentos correspondientes.

Cabe traer a colación lo que dicha corporación, en sentencia T-786 de 2009 expuso:

*“...La tutela es, entonces, procedente en ciertos casos para obtener el pago de incapacidades laborales. Cuando lo es, la tutela debe ser resuelta con una definición provisional acerca del sujeto que en principio está obligado al pago de las referidas incapacidades. Pero, la definición que al respecto pueda dar el juez de tutela en nada determina el verdadero y real origen que, de acuerdo con la ley y los reglamentos correspondientes, tienen la enfermedad o el accidente sufrido por el tutelante. Si alguna provisión se adopta en ese sentido, está justificada porque del pago de las incapacidades depende la garantía del mínimo vital del peticionario y de su familia. De manera que si el sujeto destinatario de las órdenes con las que concluyen las sentencias de tutela en esta materia, estima que es otro sujeto el que debe correr con ellas, debe iniciar el correspondiente trámite regular que el ordenamiento dispone para la definición del origen de las enfermedades o los accidentes, y para la consecuente determinación del sujeto legal y reglamentariamente obligado al pago de la prestación”.*

En asuntos como este, se presentaba entonces uno de los casos que no encontraban regulación en la ley positiva, pero que no por ello podían conllevar a la desprotección de la persona incapacitada por parte del Sistema de Seguridad Social, por encontrarse claramente afectado un derecho fundamental de orden superior. En efecto, los eventos en los cuales las incapacidades superaban los 540 días, así como en los que el médico tratante seguía emitiendo incapacidades, que no son otra cosa que la certificación médica de que no se encontraba en condiciones de laborar, no podían conllevar a la solución simplista que cada parte estaba cumpliendo con la ley, bajo la total desprotección del afectado. Para tales eventos la jurisprudencia de la Corte Constitucional, había establecido que, analizando cada

caso concreto, habría de determinar el juzgador el obligado a pagar las incapacidades, hasta tanto se efectuara la calificación del grado de invalidez de la parte accionante.

Veamos lo que expuso el máximo órgano jurisdiccional en lo constitucional, en sentencia T-468 de 2010:

*“...No obstante, aunque en principio se diría que las garantías proteccionistas del sistema integral de seguridad social son generosas, esta Sala repara en el hecho de que no existe legislación que proteja al trabajador cuando se le han prolongado sucesivamente incapacidades de origen común y que superan los 540 días. Son muchos los casos en que las dolencias o las secuelas que dejan las enfermedades o accidentes de origen común que obligan a las EPS o demás entidades que administran la salud a certificar incapacidades por mucho más tiempo del estipulado en el Sistema Integral de Seguridad Social y que a pesar de las limitaciones físicas la pérdida de la capacidad laboral no alcanza a superar el 50% y por tanto, tampoco nace el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, lo que deja al trabajador en un estado de desamparo y sin los medios económicos para subsistir.*

*Quiere decir lo anterior, que el trabajador que padece una incapacidad laboral de cualquier género, puede verse avocado a las siguientes situaciones:*

- a) El trabajador es incapacitado por enfermedad general o profesional sin que dicha incapacidad supere los 180 días:*

*En este evento el trabajador no corre ningún riesgo frente a la afectación a su derecho al mínimo vital, ya que el mismo está garantizado por el pago de las incapacidades a cargo de la EPS o la ARP a la cual se encuentre afiliado, según el caso. De igual manera, goza del derecho a ser reintegrado a su puesto de trabajo.*

- b) El trabajador es incapacitado por enfermedad o accidente de cualquier género, por más de 180 días pero inferior a 540 días.*

*En el presente caso el trabajador está igualmente protegido por la AFP o la ARP a la cual se encuentra afiliado. De igual manera si se rehabilita satisfactoriamente debe ser reincorporado a su puesto de trabajo.*

- c) El trabajador es incapacitado por un término superior a los 540 días.*

*En esta situación, el trabajador está desprotegido por la falta de regulación legal en la materia, ya que no existe claridad de cuál sería la entidad de protección social que debe asumir el pago del auxilio por incapacidad, situación que empeora si el empleador logra*

*demostrar ante el Ministerio de Protección social que en virtud de la incapacidad del trabajador no es posible reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro similar, operando de esta manera el despido con justa causa contenido en el artículo 62, numeral 14 del código sustantivo del trabajo. Ello sin perjuicio de lo estipulado en materia pensional. Se tiene entonces, que en el anterior caso el trabajador quedaría desprovisto del pago de las incapacidades laborales después del día 541 (más no de las prestaciones en salud), por tanto, sin sustento económico para su congrua subsistencia. De igual manera, se vería privado de protección económica en el sistema integral de seguridad social, ante una eventual incapacidad parcial permanente, pues si la misma ha sido de origen común, no tendrá derecho a indemnización, contrario a lo que sucede cuando la incapacidad permanente parcial tiene su origen en una enfermedad de origen profesional o en un accidente laboral.*

*De esta manera quedan plenamente identificadas dos situaciones en las que el Sistema de Seguridad Social Integral contemplado en la Ley 100 de 1993, dejó desamparado al trabajador que sufre una incapacidad prolongada o una incapacidad parcial permanente de origen común; esto configura un déficit de protección legal frente a los principios constitucionales (integralidad especialmente) que deben regir la seguridad social en nuestro Estado Social de Derecho.*

*Sin embargo, esta sola situación no viabiliza la procedencia de la acción de tutela cada vez que a un trabajador se le prorroguen las incapacidades por encima del tope amparado por la legislación vigente (540 días); sino que la misma debe analizarse en cada caso particular, con el fin de establecer si le asiste al trabajador otra prestación como por ejemplo el derecho a la pensión de invalidez”.*

El caso anterior podía ser aplicable tanto para los eventos de incapacidades que superaran los 540 días, como en el que al paciente le siguieran expidiendo incapacidades médicas, por cuanto en ambos se trataba de casos no regulados en la ley, que conllevaban a la necesidad de análisis de un eventual daño en un derecho fundamental, como lo es el mínimo vital, en la medida en que el mismo sistema de seguridad social seguía emitiendo incapacidades médicas.

En tales eventualidades, era evidente que no se podía dejar desprotegido a quien médicamente se le hubiera expedido un certificado de que no se encontraba en capacidad para laborar, porque era obvio que con ello se le afectaba su medio de subsistencia y por ende su mínimo vital. El caso se contraía entonces a determinar quién era el obligado a su pago. El asunto venía dirimiéndose estableciendo la

obligación, a juicio del juzgador de turno, unas veces a cargo de la Administradora del Fondo de Pensiones y otras a la Entidad Promotora de Salud, para el caso de enfermedad común, de los pagos posteriores al día 540, hasta tanto se definiera la situación definitiva del incapacitado.

Tal interpretación sin embargo varió sustancialmente a partir de la expedición de la Ley 1753 del 9 de junio de 2015 por la cual se emitió el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, que en su artículo 67, dispuso:

*“Artículo 67. Recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La Entidad administrará los siguientes recursos:*

*(...)*

*Estos recursos se destinarán a:*

*a) **El 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.** El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódico de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades...”* (resaltado por el despacho).

Así las cosas, la citada norma dio una nueva pauta legal a tener en cuenta para definir quién debe cubrir el costo de las incapacidades que superan los 540 días, que debe asignarse a la respectiva E.P.S., quien en consecuencia asumirá del día 3 al 180, y del 541 hasta tanto se defina la situación del trabajador incapacitado. Y es que a decir verdad, a partir de la definición del porcentaje de incapacidad inferior al 50%, no deberían emitirse nuevas incapacidades por la misma dolencia, pues en tal caso el empleado está en la obligación de reintegrarse y el empleador de recibirlo en condiciones acordes con su situación, razón por la cual, algo de justicia trae la norma al establecer la responsabilidad de su pago a quien emite la incapacidad posterior.

En este orden de ideas, es claro para este juzgador que la entidad encargada de reconocer y pagar las incapacidades reclamadas por la aquí accionante es

FAMISANAR EPS, teniendo en cuenta que a pesar de existir un porcentaje de capacidad menor al 50%, no se debería continuar con la expedición de estas.

Finalmente, es preciso hacer la salvedad que en la presente causa solo se ordenará el reconocimiento y pago de las incapacidades concedidas a la accionante y que correspondan al periodo comprendido entre el 11 de abril y el 23 de mayo de esta anualidad, pues no es procedente a través de este mecanismo constitucional proferir una orden en igual sentido para hacer efectivas las que eventualmente se emitan, teniendo en cuenta que lo reclamado constituye una situación que aún no ha acontecido, es incierta y futura por lo cual no es posible su protección.

### **III. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Nueve (49) Civil Municipal de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO. AMPARAR** los derechos fundamentales al Mínimo Vital, Vida Digna y Seguridad Social, de la señora **MARÍA ISABEL BUENO GARCÍA**, vulnerados por FAMISANAR E.P.S., según las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO. ORDENAR** a FAMISANAR E.P.S., que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo si aún no lo ha hecho, proceda a reconocer y pagar las incapacidades expedidas por el médico tratante generadas para el periodo comprendido entre 11 de abril de 2021 y el 23 de mayo de 2021, a favor de **MARÍA ISABEL BUENO GARCÍA**.

**TERCERO. NEGAR** el amparo solicitado respecto de PORVENIR S.A., por lo enunciado en esta decisión.

**CUARTO. NOTIFICAR** esta decisión a los interesados, por el medio más expedito (Art. 30 Decreto 2591 de 1.991).

**QUINTO:** Ordenar que, si esta sentencia no es impugnada, se remita el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para la eventual revisión del fallo, en el término previsto en el Decreto 2591 de 1991. **OFÍCIESE.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

EL JUEZ,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'N. León', written in a cursive style.

**NÉSTOR LEÓN CAMELO**

CM.