

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO VEINTIOCHO PENAL MUNICIPAL DE CONOCIMIENTO

Bogotá, dieciocho (18) de agosto de dos mil veinte (2020)

ASUNTO

Resolver la acción pública incoada por el ciudadano Carlos José Bejarano Briñez contra el **FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN y FAMISANAR EPS**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la familia y a la vida en condiciones dignas.

FUNDAMENTOS y PRETENSIÓN

Refiere el accionante que desde el 27 de julio de 2017 se encuentra vinculado con la empresa QAP LTDA, en el cargo de guarda de seguridad en la ciudad de Bogotá.

Manifiesta que padece «REUMATISMO SOARIAL, QUISTES EN LAS RODILLAS, entre otros» por lo que se encuentra en tratamiento médico e incapacitado desde el 6 de noviembre de 2018, cuyo proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral se encuentra en trámite.

Señaló que, desde el 6 de noviembre de 2018, debido a complicaciones en su estado de salud, le extendieron incapacidades médicas de forma ininterrumpida, las cuales fueron pagadas por **FAMISANAR EPS** hasta el día 180; seguidamente, el **FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN** asumió el pago de aquellas posteriores a hasta

el día 500, no así frente al período comprendido entre el día 501 al 540, con lo cual, aduce, se vulneran sus derechos fundamentales. Es decir, se encuentra en mora del pago de 40 días.

Advierte, igualmente, que **FAMISANAR EPS** le niega el pago de las incapacidades dictaminadas, a partir del 5 de mayo de 2017 hasta el 7 de julio de 2020.

Destaca que el dinero producto de las incapacidades es el único recurso para el sustento personal y de su familia, pues depende únicamente del salario que percibe con la empresa, por lo que el no pago de las aludidas sumas vulnera los derechos fundamentales aludidos en el libelo de tutela.

En consecuencia, solicita que por vía de tutela se tutelen sus derechos fundamentales ordenando que el **FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN** le pague las incapacidades correspondientes al período comprendido entre el 27/03/20 y el 04/05/20, al paso que FAMISANAR EPS lo haga frente a aquellas desde el 05/05/20 hasta 06/08/20.

ACTUACIÓN

Avocado el conocimiento se dispuso la vinculación de las accionadas para garantizar el derecho de defensa.

El representante judicial de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías **PROTECCIÓN S.A.**, en lo que es objeto de tutela, señaló que la empresa no ha vulnerado los derechos fundamentales reclamados en la tutela, por las siguientes razones: (i) el accionante solicitó subsidio por incapacidad temporal en los términos del artículo 142 del Decreto 019 de 2012, por lo que se ordenó el pago de las incapacidades generadas a partir del día 181 hasta el día 360; (ii) el 11 de marzo de 2020

recibió concepto DESFAVORABLE de rehabilitación del señor Carlos José bejarano Briñez, emitido por **FAMISANAR EPS**, razón por la que no está obligada a pagar las incapacidades pues se debe proceder a la calificación de la merma de la capacidad laboral en los términos del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, el cual en caso de que exista concepto FAVORABLE de rehabilitación, faculta para postergar dicho trámite hasta por 360 días adicionales a los primeros 180 días; (iii) **PROTECCIÓN S.A.**, sólo puede reconocer las prestaciones económicas que cumplan el precepto anterior, sin embargo, ha pagado 322 días de los 360 de incapacidad dictaminada al accionante, por lo que de encontrarse obligada a realizar el pago ante la presencia de concepto DESFAVORABLE, debe tenerse en cuenta solamente los días restantes de incapacidad; (iv) De conformidad con el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, corresponde a la EPS la obligación de pagar incapacidades superiores a los 540 días, lo cual ha sido ratificado en las sentencias T-144 de 2016 y T-200 de 2017, emitidas por la Corte Constitucional; (v) en relación con el trámite de la calificación de la pérdida de capacidad laboral, se le solicitó al accionante la documentación -historia clínica y conceptos médicos- para proceder a emitir el dictamen definitivo, frente a lo cual ha hecho caso omiso; (vi) teniendo en cuenta el carácter subsidiario de la tutela, no es el mecanismo idóneo para solicitar el pago de incapacidades o prestaciones económicas.

El director de operaciones comerciales de **FAMISANAR EPS**, manifestó, concretamente: que *«...el supuesto incumplimiento de lo solicitado no se deriva de una actitud omisiva y/o negligente por parte de la EPS, sino por circunstancias que escapan a la órbita de control de la entidad, como la situación comentada, en la cual el accionante no ha allegado los documentos necesarios para proceder con lo pedido -el pago de incapacidades posteriores al día 540-... nos encontramos frente a un incumplimiento a los deberes que le asisten como usuario»* ; que **FAMISANAR EPS** ha desplegado todas las actuaciones tendientes a cumplir

con lo que la ley y la jurisprudencia le impone, siendo que a la fecha el cumplimiento de lo requerido no se ha llevado a cabo por causas atribuibles al accionante; que el pago de incapacidades de ninguna manera puede catalogarse como violación de derechos fundamentales, puesto que se trata de un resarcimiento de tipo económico, el cual no se compadece con el espíritu de la acción de tutela, pues existen otros medios jurídicos idóneos para reclamar las prestaciones económicas; y, que el accionante no ha demostrado ni aportó prueba alguna que ratifique la vulneración de su mínimo vital. Razones por las que considera improcedente el amparo reclamado.

El representante legal de la empresa SEGURIDAD QAP LTDA, señaló que el contrato con el accionante se encuentra vigente y que no ha vulnerado los derechos aludidos por su empleado; antes bien, respalda en el cobro de sus incapacidades tras el padecimiento que lo aqueja. Por ello, solicita que se le desvincule del trámite.

CONSIDERACIONES

La tutela es un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación se contrae a brindar a quien la reclama la posibilidad de acudir, sin mayores requerimientos, a la protección directa e inmediata de los derechos fundamentales que estima han sido birlados por la acción u omisión de una autoridad pública o de los particulares de manera excepcional, lográndose así, que se cumpla uno de los fines esenciales del Estado cual es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política.

La jurisprudencia constitucional ha fijado los supuestos a partir de los cuales resulta procedente la acción de tutela, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se use como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Por esa vía,

se deben agotar todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial brinda para conjurar la amenaza o lesión de los derechos fundamentales, de tal manera que se impida el uso como instancia adicional de protección.

La misma Corporación de antaño ha sostenido que la acción de tutela, de manera general, resulta improcedente para el reconocimiento y pago de derechos económicos derivados de la relación laboral, como los auxilios por incapacidad, puesto que los mismos cuentan con la protección a través de los procesos labores.

En efecto, el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, fijó en cabeza de la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de la seguridad social, la competencia para resolver *“las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con los contratos”*.

Así mismo, la guarda constitucional ha reiterado que el conocimiento de ese tipo de solicitudes exige la valoración de aspectos legales y probatorios que muchas veces escapan a la competencia del juez de tutela. De esta manera, es claro que la improcedencia es una regla general para reclamar el reconocimiento y pago de incapacidades¹.

No obstante, el presupuesto de subsidiariedad que rige la tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, la máxima autoridad constitucional ha establecido dos excepciones que justifican su

¹ Véanse, entre otras, sentencias T-968/14; T.404/10.

procedibilidad²: (i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es **idóneo y eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y, (ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**.

Adicionalmente, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos³.

Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos en el caso concreto, para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal, y reconocer que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Por tanto, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo, la acción puede proceder de forma definitiva.

La Corte Constitucional⁴, ha entendido que el pago del auxilio por incapacidad garantiza el **mínimo vital** del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de salud y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la **salud** y a la **dignidad humana**, pues percibir este ingreso le permitirá *“recuperarse satisfactoriamente (...) sin tener que*

² T-662/16.

³ T-163/17, T-328/11, T-456/04, T-789/03, T-136/01, entre otras.

⁴ T-401/17.

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”⁵.

Por lo anterior, reiteradamente la jurisprudencia constitucional ha señalado que *“los mecanismos ordinarios instituidos para [reclamar el pago del auxilio por incapacidad], no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza”⁶.*

En el caso concreto, los documentos aportados al expediente de tutela reflejan las siguientes situaciones: (i) el señor Carlos José Bejarano Briñez, tras el padecimiento que lo aqueja, no puede desarrollar su actividad laboral como guarda de seguridad; (ii) el salario es el único sustento para solventar las necesidades básicas junto con las de su núcleo familiar; (iii) no cuenta con otra fuente de ingreso ni apoyo para el pago de arriendo, alimentación, entre otros; (iv) el reconocimiento y pago de las incapacidades dictaminadas por los galenos garantiza su mínima subsistencia.

El Juzgado estima que el medio judicial ordinario, esto es, la demanda ante la Jurisdicción laboral para exigir el pago de las incapacidades, carece de idoneidad para conjurar el perjuicio que actualmente recae sobre el accionante, quien se encuentra en una situación de vulnerabilidad manifiesta, tras el padecimiento que lo aqueja y las razones consignadas en precedencia frente a la marcada afectación de su mínimo vital, lo cual impone medidas inminentes e impostergables, con lo cual se cumple el postulado de la subsidiariedad que rige la acción constitucional.

⁵ T-311/96

⁶ Ver, entre otras, T-311/96; T-920/09; T-468/10; T-182/11; T-140/16.

Y teniendo en cuenta que el mismo funcionario admite que está a su cargo el pago de las incapacidades superiores a los 540 días, sólo que antepone trámites netamente administrativos para el proceso de calificación de pérdida de la capacidad laboral, pues que el afectado no ha aportado la documentación respectiva -historia clínica, dictámenes, etc.-, para el despacho fluye con nitidez la flagrante vulneración de los derechos aludidos por el quejoso, pues acorde con las normas referidas en precedencia la prestación económica le corresponde, por regla general, a la EPS, tal como la Jurisprudencia lo ha decantado en los siguientes términos:

«Reiteradamente se ha afirmado en este fallo que el Fondo de Pensiones es el obligado a pagar las incapacidades que se surtan entre los días 181 y 540, sin embargo, Pensiones y Cesantías Protección S.A no puede ser obligado a realizar dicho pago, pues en este caso concreto, según obra en el expediente, la EPS no ha remitido a dicha entidad el concepto favorable de rehabilitación en los tiempos y términos que ha establecido el artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012.

En tales casos, la misma disposición ha determinado una “sanción” para la EPS, que consiste en que esta responderá por el pago de las incapacidades surtidas desde el día 181 en adelante, hasta que emita el concepto favorable de rehabilitación»⁷.

A pesar de que se evidencia que la calificación definitiva de la pérdida de capacidad laboral del accionante se encuentra en trámite, cuestión diferente es la necesidad apremiante de recursos económicos con los cuales pueda suplir las necesidades básicas suyas y de su entorno

⁷ T-200/17.

familiar, las cuales no tienen por qué estar supeditadas a trámites netamente administrativos ajenos a su afiliado.

Por esa vía, tanto **PROTECCIÓN S.A.** como **FAMISANAR EPS**, sin más largas, deben pagar las incapacidades que a cada uno le compete acorde con los preceptos legales y jurisprudenciales, en aras de proteger los derechos de las personas que en razón de su incapacidad no se encuentran en condiciones de continuar sus labores, de las cuales extraen el sustento familiar.

Por esa vía, se ordenará a **PROTECCIÓN S.A.** -quien adeuda 38 días- y a **FAMISANAR EPS** -quien debe asumir el pago de las incapacidades superiores a 540 días- que, en el término de 48 horas, si aún no lo han hecho, reconozca y pague las incapacidades laborales adeudadas y pendientes, respectivamente, a favor de Carlos José Bejarano Briñez, de lo cual deberán informar al despacho, so pena de incurrir en desacato.

Finalmente, se debe instar al accionante para que con diligencia brinde la colaboración pertinente a la entidad que corresponda adelantar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral.

Por lo expuesto, **el JUZGADO VEINTIOCHO PENAL MUNICIPAL DE CONOCIMIENTO DE BOGOTA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al mínimo vital del ciudadano Carlos José Bejarano Briñez, según se indicó.

SEGUNDO: ORDENAR a los representantes legales y/o quienes hagan sus veces en las empresas **PROTECCIÓN S.A.** -quien adeuda 38 días- y a **FAMISANAR EPS** -quien debe asumir el pago de las incapacidades superiores a 540 días- que, en el término de 48 horas, si aún no lo han hecho, reconozcan y paguen las incapacidades laborales adeudadas y pendientes, respectivamente, a favor de Carlos José Bejarano Briñez, de lo cual deberán informar al despacho, so pena de incurrir en desacato.

TERCERO: instar al accionante para que con diligencia brinde la colaboración pertinente a la entidad que corresponda adelantar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral.

CUARTO: En caso de no ser impugnado el presente fallo dentro de los tres días siguientes a su notificación remítase con destino a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

CATALINA RIOS PENUELA
JUEZ MUNICIPAL

JUZGADO 028 PENAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO 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: **21f8204603671525873ef54bd5b672b2cf12299c2e46f5cecdde0e6039676cc3**
Documento generado en 18/08/2020 02:00:31 p.m.