REPÚBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO TREINTA Y TRES DE FAMILIA BOGOTÁ D. C.
Bogotá D.C, veinticinco (25) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

PROCESO: TUTELA

RADICADO: 33-2024-00006

ACCIONANTE: ANA ELI POVEDA LAUREANO

ACCIONADO: ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR S.A.S. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

ENTIDADES VINCULADAS: CLÍNICA ONCOLÓGICA SAN DIEGO - CIOSAD, MINISTERIO DE SALUD y PROTECCIÓN SOCIAL, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES, MINISTERIO DEL TRABAJO, JUZGADO PRIMERO (1º) PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ, D.C., JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA y UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES (UGPP).

A N T E C E D E N T E S

Procede el Despacho a desatar la acción de tutela instaurada por **ANA ELI POVEDA LAUREANO** en contra de la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR S.A.S. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a fin de que se le amparen sus derechos fundamentales de vida digna, seguridad social, vida en conexidad con el mínimo vital, dignidad humana.

Entre otros se citaron los siguientes hechos:

- Manifiesta la tutelante que, se encuentra afiliada a las entidades accionadas y sus médicos tratantes la diagnosticaron con cáncer de exocérvix, sangrado de colon y anemia en estudio, por lo que le prescribieron una serie de tratamientos, medicamentos e incapacidades.
- Indica la actora que, a pesar de realizar varias gestiones no le han autorizado ni pagado las incapacidades médicas.
- Informa la accionante que, interpuso acción de tutela cuyo fallo se emitió el 24 de julio de 2023 por parte de Juez Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D. C., resolviendo: *"PRIMERO: AMPARAR EL DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN de titularidad de la ciudadana Ana Eli Poveda Laureano, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la decisión. SEGUNDO: ORDENAR al representante legal y/o quien haga sus veces de la EPS Famisanar, para que, si aún no lo ha hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo otorgue una respuesta de fondo a la solicitud presentada por la señora Ana Eli Poveda Laureano el 17 de marzo de 2023, en los términos dispuestos en la decisión. TERCERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE el amparo de*

los derechos a la seguridad social y mínimo vital cuya protección invocó la ciudadana Ana Eli Poveda Laureano, en virtud del principio de subsidiariedad de la acción de tutela, conforme se expuso en la parte considerativa del fallo."

- Asevera la quejosa que, pese a el Fallo de la acción de tutela y luego de varios intentos porque le dieran respuesta a su solicitud, las entidades accionadas le informan que no le reconocerán ni pagaran las incapacidades debido a que cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación.
- Finalmente memora la señora ANA ELI POVEDA LAUREANO que, las incapacidades que no le quieren reconocer son:

Fecha de Inicio / Fecha Final	Total días
Del 05/06/2020 al 04/07/2020	30
Del 05/07/2020 al 03/08/2020	30
Del 04/08/2020 al 02/09/2020	30
Del 03/09/2020 al 02/10/2020	30
Del 03/10/2020 al 01/11/2020	30

P R E T E N S I O N E S

"PRIMERO: TUTELAR mis derechos fundamentales constitucionales a la calidad de vida, seguridad social y la vida misma, y el MÍNIMO VITAL, vulnerados por parte de FAMISANAR EPS, y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de las accionadas LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y FAMISANAR EPS, que:"1). Reconozcan, autoricen y pague las incapacidades médicas autorizadas por los médicos tratantes, relacionadas en EL NUMERAL OCTAVO de esta tutela y que:"2). Las accionadas una vez autorizado el pago de las incapacidades médicas, consigne el valor de las incapacidades médicas a la cuenta bancaria de ahorros para tal fin.

TERCERO: CONMINAR a FAMISANAR EPS, y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que no sigan vulnerando los derechos fundamentales interponiendo barrera a la señora ANA ELI POVEDA LAUREANO y obstáculos y no siguiendo el debido proceso, y que le permiten el acceso a los servicios que presta.".

T R Á M I T E P R O C E S A L

La mencionada acción fue admitida por auto calendado doce (12) de enero de 2023, en el que se ordenó la notificación a las entidades accionadas y vinculadas; y se le concedió el término perentorio de dos (2) días, para que se pronuncie sobre los hechos sustento de la presente tutela.

Se encuentra el presente asunto para decidir y a ello se procede, observándose que no se ha incurrido en causal de nulidad que invalide lo actuado, previas las siguientes.

C O N T E S T A C I Ó N A L A M P A R O

JUZGADO PRIMERO (1º) PENAL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ, conforme lo ordenado en el auto admisorio procedió a descorrer el traslado de la presente acción a través de **JOHN OSPINA ARIZA**, obrando en calidad de secretario, quien manifiesta que:

Ese Estrado Judicial recibió la acción de tutela interpuesta por la señora Ana Eli Poveda Laureano, la cual luego de analizar los argumentos expuestos por las partes y los elementos de prueba aportados al plenario,

el 24 de julio de 2023, emitió Fallo amparando el derecho fundamental de petición de la actora.

Así mismo y en vista de que las partes no impugnaron la decisión, el 15 de agosto de 2023, el expediente fue remitido a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

En ese orden y decantando lo anterior, el Despacho Judicial realizó todos los trámites pertinentes para dar curso a la solicitud de la actora, accediendo parcialmente a lo pretendido en su pedimento sin haber sido controvertida la decisión adoptada.

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES, conforme lo ordenado en el auto admisorio procedió a descorrer el traslado de la presente acción a través de **JULIO EDUARDO RODRÍGUEZ ALVARADO**, obrando en calidad de secretario, quien manifiesta que:

A partir de la entrada en operación de la ADRES, y según lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, debe entenderse suprimido el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, y con este la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social -DAFPS del Ministerio de Salud y Protección Social tal como señala el artículo 5 del Decreto 1432 de 2016 modificado por el artículo 1 del Decreto 547 de 2017 y que cualquier referencia hecha a dicho Fondo, a las subcuentas que lo conforman o a la referida Dirección, se entenderán a nombre de la nueva entidad quien hará sus veces, tal como lo prevé el artículo 31 del decreto 1429 de 2016.

En particular, la falta de esa legitimación en la causa, por pasiva, se configura por la falta de conexión entre la parte demandada y la situación fáctica constitutiva del litigio; así, quienes están obligados a concurrir a un proceso en calidad de demandados son aquellas personas que participaron realmente en los hechos que dieron lugar a la demanda. De lo anterior se colige que la legitimación en la causa por pasiva es entendida como la calidad que tiene una persona para formular o contradecir las pretensiones de la demanda, por cuanto es sujeto de la relación jurídica sustancial, por lo que para poder predicar esta calidad es necesario probar la existencia de dicha relación.

En primer lugar, la Administradora pone de presente que esta acción de tutela es improcedente, al tratarse de un pago de incapacidad, auxilio que se encuentra protegido por el ordenamiento jurídico colombiano a través de los procesos laborales ordinarios.

Por lo anterior, se tiene que dicho pago y reconocimiento no es procedente a través de la acción de tutela por dos situaciones a saber: i) no se cumple con el requisito de subsidiaridad que este tipo de solicitudes de amparo exige; ii) la pretensión es de carácter económico, y no de carácter constitucional.

Finalmente, solicita NEGAR el amparo solicitado por el accionante en lo que tiene que ver con la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor, y en consecuencia desvincular a esta Entidad del trámite de la presente acción constitucional.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, conforme lo ordenado en el auto admisorio procedió a descorrer el traslado de la presente acción a través de **LAURA TATIANA RAMIREZ BASTIDAS**,

en mi calidad de directora de la Dirección de Acciones Constitucionales, quien manifiesta que:

Una vez revisado el expediente administrativo, se evidencia que la entidad FAMISANAR EPS aportó, mediante el Radicado No 2020_3704295 de fecha 17/03/2020 Concepto De Rehabilitación (CRE), con pronóstico DESFAVORABLE, en consecuencia, en el caso NO sería jurídicamente procedente el pago de los subsidios económicos por incapacidades si no la calificación de la pérdida de capacidad laboral.

Al consultar las bases de datos de la entidad, se evidencia que la señora ANA ELI POVEDA LAUREANO inició tramite de calificación de pérdida de capacidad laboral mediante radicado 2020_11004089del 29/10/2020.

Se debe tener en cuenta que en todo proceso de calificación se hace necesario una historia clínica integral y actualizada, donde se indique estado funcional, sintomatología referida, dependencia o independencia en actividades de la vida diaria o actividades básicas cotidianas, régimen de consumo de los medicamentos, percepción del trabajador sobre su condición médica y funcional. Adicional a lo anterior, es importante que se evalué la suficiencia diagnóstica y la pertinencia de solicitar exámenes complementarios o interconsultas con otras especialidades.

Una vez realizada la respectiva validación documental, la Dirección de Medicina Laboral expidió dictamen No DML 4048788del 19/11/2020, mismo que fue recurrido por la afiliada al no encontrarse de acuerdo con lo resuelto.

Que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá Cundinamarca desatando la manifestación de inconformidad propuesta expide el dictamen No 52692954-2467 del 07/04/2022 en donde se otorgó un porcentaje de 37,95de pérdida de capacidad laboral con fecha de estructuración del 04/11/2020.

Como se observa COLPENSIONES gestiono en debida forma petición elevada por la accionante, por lo tanto, no es posible considerar que se ha vulnerado derecho fundamental alguno al ciudadano, ahora bien, si el accionante presenta desacuerdo con lo resuelto, debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no vía acción de tutela ya que esta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial.

Por ultimo tenemos dos hechos relevantes para destacar al momento de la revisión de la presente acción, primero las incapacidades de las cuales se pretende el pago son del año 2020por lo que se puede observar el termino para reclamarlas ya está vencido; segundo el mencionado pago de incapacidades ya fue solicitado vía acción de tutela que fue tramitada por el despacho Primero Penal del Circuito de Bogotá con radicado2023-00106 en donde se negó el amparo solicitado; es por ello que se debe declarar la improcedencia de la presente acción de tutela.

Es claro que la acción de tutela es un mecanismo residual que no puede ser elegido al arbitrio por los ciudadanos, pues tal como está consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política, solo será procedente cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial, y excepcionalmente a pesar de existir, cuando sea utilizada para evitar un perjuicio irremediable.

Ahora bien, las incapacidades pueden ser de origen laboral o común, las primeras de acuerdo con el Decreto 2943 de 2013 en su art. 1, deberán ser asumidas y pagadas por las Administradoras de Riesgos Laborales con

ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico.

En este punto es importante indicar que la calificación del origen de la enfermedad o accidente lo hacen las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral, con el fin de establecer el origen de una patología, diferenciando si es de origen profesional (causada por la exposición a un factor de riesgo laboral) o si es de origen común.

Sumado a lo anterior, con el fin de trasladar la obligación del pago de incapacidades para el día 181, las EPS deben cumplir con la emisión del concepto (favorable) de rehabilitación del ciudadano antes del día 120 de incapacidad temporal y remitirlo a la AFP correspondiente antes del día 150,si bien las EPS no están obligadas a reconocer incapacidades superiores al día 180, dicha entidad deberá asumir de sus propios recursos el pago de incapacidades que superen el día 181 hasta el día en que emita y entregue el concepto en mención a título de sanción.

Una vez el fondo de pensiones disponga del concepto favorable rehabilitación, podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral "hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó y pagó la EPS"6. Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador. Contrario sensu, si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS es desfavorable, se deberá proceder a calificar la pérdida de capacidad del afiliado.

En caso de que las incapacidades originadas por enfermedad común que llegaren a superar el día 540 de incapacidad, el legislador determinó que la entidad que debe asumir el pago del subsidio por incapacidad del día 54110 en adelante es la Entidad Promotora de Salud EPS, en la que se encuentre efectivamente afiliada la persona, igualmente, facultó a las EPS para perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto ante la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que asumió funciones a partir del 1º de agosto de 2017, según lo prescrito en el artículo 1º del Decreto 546 de 2017, lo anterior también se reglamentado en el art. 2.2.3.3.1 del Decreto 1333 de 2018.

Finalmente, solicita se deniegue la acción de tutela contra COLPENSIONES por cuanto las pretensiones son abiertamente IMPROCEDENTES, como quiera que la presente tutela no cumple con los requisitos de procedibilidad del art. 6º del Decreto 2591 de 1991 e inmediatez, así como tampoco se encuentra demostrado que Colpensiones haya vulnerado los derechos reclamados por el accionante y está actuando conforme a derecho.

CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLÓGICAS CLÍNICA SAN DIEGO S.A.S., conforme lo ordenado en el auto admisorio procedió a descorrer el traslado de la presente acción a través de **DIANA MIRENA ESPINOSA NARVAEZ**, obrando en calidad de representante judicial, quien manifiesta que:

No se ha vulnerado bajo ninguna circunstancia los derechos de la señora ANA ELI POVEDA LAUREANO ni tampoco se ha imposibilitado su acceso a los servicios de salud en el CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLÓGICAS CLÍNICA SAN DIEGO CIOSAD S.A.S demostrando por el contrario una conducta diligente y proactiva. De la demanda concluyen que la parte

accionante requiere el pago de las incapacidades pero que actualmente el cobro de incapacidad es un proceso que se surte entre la empresa y la EPS.

Finalmente, solicita se desvincule al CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLÓGICAS CLINICA SAN DIEGO CIOSAD de toda responsabilidad dentro de la presente acción de tutela teniendo en cuenta que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a esta entidad, dado que los fundamentos fácticos de la presente acción, se desprende que la accionante requiere el pago de las incapacidades emitidas por esta entidad, pero que actualmente el cobro de incapacidad es un proceso que se surte entre la empresa y la EPS, desconocemos los trámites administrativos con LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la accionante aduce que son negados por trabas administrativas presentadas por la EPS, por tanto, es quien deberá pronunciarse de fondo sobre la prestación de los servicios requeridos en la presente acción constitucional; por tal motivo resulta evidente la falta de legitimación en la causa por parte de esta Entidad en el contenido de la presente. Por tanto, es evidente que de parte de mi representada no se ha configurado vulneración alguna de los derechos fundamentales pregonados por la accionante.

EPS FAMISANAR S.A.S., conforme lo ordenado en el auto admisorio procedió a descorrer el traslado de la presente acción a través de **FREDY ALEXANDER CAICEDO SIERRA**, obrando en calidad de director de Operaciones Comerciales, quien manifiesta que:

Ha autorizado y garantizado todos los servicios que ha requerido el paciente y, en cuanto a la solicitud del accionante es pertinente indicar lo siguiente para mayor precisión del Despacho y del usuario:

· Usuaria cuenta con 347 días de incapacidad del 09/06/2015 al 19/05/2022.

· Presentó incapacidad continua del 31/10/2019 al 01/11/2020 por un total de 329 días

· Cumplió 180 días el 05/06/2020.

· Se emitió CRH Desfavorable el 12/03/2020, Recibido por AFP el 17/03/2020

· Las incapacidades del día 181 al 540 deben ser reconocidas por AFP.

Bajo los argumentos del accionante se encuentra que las incapacidades deprecadas por el accionante están a cargo del fondo, razón por la cual esta entidad no es la llamada a garantizar el pago. Por lo explicado anteriormente FAMISANAR EPS NO está legitimada en la presente causa1, para asumir la responsabilidad de las pretensiones aducidas, por cuanto el pago se encuentra en cabeza de la AFP del accionante.

En este sentido igualmente es importante señalar que la Administradora de Pensiones; será la entidad encargada de cubrir las prestaciones económicas previstas en la ley una vez cumplidos los 180 continuos de incapacidad temporal y, mientras se produce la calificación de invalidez por parte de la Junta de Calificación de Invalidez. A partir del día 181 este reconocimiento pasa a ser responsabilidad de los Fondos de Pensiones, al igual que la remisión a la junta de Calificación, donde se determina el grado de pérdida de Capacidad y si hay lugar a reconocimiento de mesada pensional por invalidez.

Por lo anterior, la obligación de cancelar las incapacidades le corresponde al Fondo de Pensiones, en este caso COLPENSIONES y en ese contexto, podemos ante la evidencia de ausencia de vulneración o amenaza de Derecho Fundamental alguno por parte de EPS FAMISANAR, al no existir vínculo contractual alguno con el accionante que haya originado alguna responsabilidad imputable a la Entidad y están frente a una FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR EL EXTREMO PASIVO, las pretensiones planteadas por el accionante no están llamadas a prosperar en este proceso en contra de EPS FAMISANAR, por tal razón solicita que se declare la DESVINCULACIÓN de la entidad dentro de la presente acción de tutela.

MINISTERIO DEL TRABAJO, conforme lo ordenado en el auto admisorio procedió a descorrer el traslado de la presente acción a través de **ARMANDO BENAVIDES ROSALES**, obrando en calidad de Asesor de la Oficina Asesora Jurídica, quien manifiesta que:

Debe declararse la improcedencia de la acción de tutela en referencia contra el Ministerio del Trabajo, por falta de legitimación por pasiva, toda vez que la Entidad no es ni fue la empleadora del accionante, lo que implica que no existe ni existió un vínculo de carácter laboral entre la demandante y el ministerio, y por lo mismo, no existen obligaciones ni derechos recíprocos entre los dos, lo que da lugar a que haya ausencia por parte de esa cartera, bien sea por acción u omisión, de vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno.

Ahora bien, cuando la incapacidad generada por origen común es superior a 180 días dicho pago corre a cargo de la Administradora de Fondos y Pensiones a la cual se encuentre afiliado el trabajador de acuerdo con el Artículo 142 del Decreto 019 de 2012, en virtud del cual, en los casos de accidente o enfermedad común exista concepto favorable de rehabilitación, y así en efecto la Entidad Administradora de Pensiones, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, podrá postergar el trámite de calificación ante las Juntas de Calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario, adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal otorgada por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Posterior a ello, el Gobierno Nacional, a través de la Ley 1753 de 2015, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo para el periodo comprendido entre 2014 y 2018, dio una solución a este déficit de protección, al otorgar la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS. Según el artículo 67 de la mencionada ley, 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.

Finalmente, solicita se desvincule al Ministerio, en atención a que no hay obligación o responsabilidad de su parte, ni ha vulnerado ni puesto en peligro derecho fundamental alguno al accionante.

JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTA D.C. Y CUNDINAMARCA, conforme lo ordenado en el auto admisorio procedió a descorrer el traslado de la presente acción a través de **RUBÉN DARIO MEJIA ALFARO**, obrando en calidad de secretario Principal, quien manifiesta que:

Se profirió dictamen No 52692954 – 2467 del 07 de abril de 2022 mediante el cual se calificaron los diagnósticos:

CIE-10	Diagnóstico	Diagnóstico específico	Fecha	Origen
N882	Estrechez y estenosis del cuello del útero			Enfermedad común
D259	Leiomioma del útero, sin otra especificación			Enfermedad común
C531	Tumor maligno de exócervix			Enfermedad común

Origen enfermedad común, Pérdida de capacidad laboral del 37.95% y fecha de estructuración del 04 de noviembre de 2020. El dictamen descrito fue notificado a todas las partes interesadas. Contra el referido dictamen no se interpuso recurso alguno, razón por la cual el dictamen se encuentra en firme y ejecutoriado.

Respecto de las pretensiones de la tutela se encuentran dirigidas a un tercero, entidad distinta y autónoma a la junta regional de calificación de invalidez de Bogotá y Cundinamarca, razón por la cual no nos corresponde pronunciarnos, dado que el pago de incapacidades solicitado es facultad de la accionada estudiar, por lo cual es un proceso distinto al manejado en la Junta Regional de Bogotá.

Finalmente, solicita desvincular de la presente acción de tutela a la entidad por cuanto en ningún momento ha vulnerado derecho fundamental al paciente, contrario a lo anterior ha respetado el debido proceso.

LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP, conforme lo ordenado en el auto admisorio procedió a descorrer el traslado de la presente acción a través de **DIANA PATRICIA RODRÍGUEZ TURMEQUÉ**, obrando en calidad de directora Jurídica y apoderada judicial, quien manifiesta que:

Una vez revisadas las bases de datos y aplicativos dispuestos en la Unidad, se evidencia que, al día 22 de enero de 2024, la EPS FAMISANAR EPS Y/O ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, NO ha radicado consulta y/o solicitud de información, trámite, queja, reclamo, correspondiente a la accionante señora ANA ELI POVEDA LAUREANO, únicamente se registra la Acción de Tutela remitida por el Despacho.

De igual manera, consultados nuestros aplicativos y sistemas de información, no se encontró registro alguno de solicitud de prestación económica, ni derecho de petición, solicitud, queja o reclamo radicado, por parte de la señora ANA ELI POVEDA LAUREANO.

Al analizar los reclamos presentados por la accionante, se observa que mi representada no es la competente para interferir en la respuesta a la solicitud de reconocimiento y pago de las incapacidades, pues esta es competencia única y exclusivamente de la Entidad ante la cual se elevaron las solicitudes, que para el caso que nos ocupa, es la EPS FAMISANAR EPS Y/O ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Los hechos relatados por la accionante, en relación con la posible vulneración de sus derechos, se centran en señalar que sus derechos se han visto vulnerados porque sus peticiones no han sido atendidas por FAMISANAR EPS Y/O ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, frente a lo cual, se debe indicar que mi representada no es la entidad competente para atender la solicitud incoada, pues esta no posee una competencia funcional para dichos efectos.

En ese orden de ideas, y teniendo presente que los hechos referidos son ajenos a la entidad, pues señalan una presunta omisión atribuible a FAMISANAR EPS Y/O ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por lo que, para la UGPP, no es posible ACEPTAR o NEGAR los citados hechos, en que se fundamenta la presente Acción Constitucional.

JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, conforme lo ordenado en el auto admisorio procedió a descorrer el traslado de la presente acción a través de **VÍCTOR HUGO TRUJILLO HURTADO**, obrando en calidad de abogado, quien manifiesta que:

Revisadas las bases de datos, verificados los registros de expedientes, apelaciones y solicitudes radicados en la Junta, no se encontró registro de caso (expediente) pendiente, apelación respecto a esta persona.

La responsabilidad de esta entidad sobre los tramites de calificación inicia solo a partir de que recibimos el expediente de los pacientes, lo anterior dado que solo con la documentación allí contenida (Historias clínicas, exámenes, análisis) se puede emitir una calificación que defina la controversia suscitada contra los dictámenes emitidos por las Juntas Regionales, por lo anterior resulta claro que dentro del trámite de resolución de la controversia interpuesta para el caso que nos ocupa, la Entidad no ha vulnerado ningún derecho fundamental del paciente pues no hemos recibido el expediente remitido de alguna Junta Regional.

En cuanto a las pretensiones presentadas en la acción de tutela, es necesario destacar que estas no están dirigidas a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, indicando claramente que en estos aspectos, la entidad carece de injerencia.

Finalmente, solicita la DESVINCULACIÓN de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en la presente acción de tutela. Pues no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante, y además, reitera que corresponde a las entidades del Sistema General de Salud y a los empleadores brindar respuestas a los requerimientos radicados.

C O N S I D E R A C I O N E S :

1.- Ha de partir el Despacho por admitir su competencia para conocer el presente asunto, conforme lo previsto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y artículo 1 del Decreto 333 de 2021.

La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política como un mecanismo dirigido a proteger en forma inmediata los derechos constitucionales fundamentales de las personas, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos señalados en la ley, y sólo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2.- El mínimo vital de subsistencia se ha definido como (T-678/17):

> *"la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional".*

3.- El artículo 142 del Decreto 0192 de 2012, respecto al reconocimiento de incapacidades por enfermedad común, establece,

> *"Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional (sic) de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.*
>
> *Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iníciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto".*

4.- En consecuencia, las reglas jurisprudenciales y legales para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en enfermedad común desde el día 1 hasta el 540, fueron recordadas en Sentencia T- 194 de 2021, así:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 y 2	Empleador	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	E.P.S.	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013 en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 181 hasta el 540	Fondo de Pensiones	Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 541 en adelante	E.P.S.	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

En hilo a lo anterior, la Corte Constitucional ha ordenado el pago de incapacidades laborales cuando las entidades promotoras de salud omiten dicha obligación sin una causa justificada, sintetizando las subreglas del reconocimiento de esta prestación por vía de tutela, en la Sentencia T-263 de 2012, de la siguiente manera:

> *"i) El pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador dependiente o independiente, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar.*
>
> *ii) Constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, puesto que coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades*

laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia.

iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta.".

Con fundamento en las consideraciones expuestas, este Despacho concluye que la acción de tutela presentada por la ciudadana ANA ELI, es procedente porque al encontrarse afectado el derecho fundamental al mínimo vital en conexidad con la vida y la salud, resulta desproporcionado que la actora interponga los medios ordinarios de defensa, aún cuando está plenamente demostrada su afectación de salud, pues como bien lo dijo la jurisprudencia expuesta en líneas precedentes, el reconocimiento y pago de una incapacidad asegura al trabajador un ingreso económico durante el periodo de su convalecencia, permitiéndole asumir su proceso de recuperación en los términos y condiciones médicamente diagnosticadas para garantizar que las condiciones mínimas de vida tanto de la persona con una enfermedad como la de su núcleo familiar no se vean desmejoradas.

5.- En cuanto al pago de las incapacidades generadas con posterioridad a la calificación de pérdida de capacidad laboral la Corte Constitucional en Sentencia T-008 de 2018 señaló:

"Como regla general, cuando un trabajador presenta pérdida de capacidad laboral inferior al cincuenta por ciento (50%) debe ser reincorporado al cargo que venía desempeñando, o si ello no fuere posible a otra actividad que no sea incompatible con su situación de discapacidad, siempre que los dictámenes médicos determinen que es apto para ello.

No obstante, esa regla tiene su excepción cuando el trabajador, a pesar de presentar un porcentaje de PCL inferior al 50%, no puede reincorporarse a su puesto de trabajo o a otra actividad, debido a que sus problemas de salud persisten y le generan nuevas incapacidades médicas. Esta situación no fue contemplada en la Ley 100 de 1993, ni en sus decretos reglamentarios, razón por la cual la jurisprudencia constitucional ha llenado ese vacío normativo.

En efecto, este Tribunal en sentencia T-140 de 2016, reconstruyó la línea jurisprudencial sobre la materia y concluyó que "los pagos por incapacidades superiores a los primeros 180 días deben ser asumidos por las Administradoras de Fondos de Pensiones hasta por 360 días adicionales, sin importar que ya se haya realizado la calificación de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuando este siga presentando afectaciones a su estado de salud que le impidan trabajar.".

Sobre el particular, la Corte en sentencia T-920 de 2009 sostuvo:

"En el evento en que el afiliado no alcance el porcentaje requerido de invalidez o se le haya dictaminado una incapacidad permanente parcial, y por sus precarias condiciones de salud se sigan generando incapacidades laborales, le corresponde al Fondo de Pensiones continuar con el pago de las mismas hasta que el médico tratante emita un concepto favorable de recuperación o se pueda efectuar una nueva calificación de invalidez".

A su vez, en sentencia T-729 de 2012, señaló:

"En el caso en el que el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, no obstante haber sido evaluado por la Junta de Calificación de Invalidez y se dictamine una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50 %, la Corte ha interpretado, conforme con la Constitución Política y el precitado artículo 23 del Decreto 2463 de

2001, que le corresponde al fondo de pensiones el pago de las incapacidades superiores a los primeros 180 días, a menos que; i) se expida el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, que le permita consolidar el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez o ii) que se emita un nuevo concepto por parte del médico tratante que establezca que el actor se encuentra apto para reanudar labores". (Énfasis agregado).

De esta manera, el pago de esas incapacidades debe realizarse, incluso, después de que se realice el dictamen de pérdida de capacidad laboral, "hasta que el médico tratante emita un concepto en el que se determine que la persona está en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50 %.".

Así las cosas, el pago de incapacidades no puede suspenderse cuando se realiza el examen de pérdida de capacidad laboral, sino hasta el momento en que la persona pueda reintegrarse a su puesto de trabajo o en su defecto le sea reconocida pensión de invalidez." (Subrayado por el despacho)

Entonces, si bien FAMISANAR indica que la accionante completo el 5 de junio de 2020, 180 días de incapacidad y que por esa razón es la AFP quien debe pagar las incapacidades que se causen luego de esa fecha, lo cierto es que, ni la EPS ni la AFP le han pagado las incapacidades causadas, así como tampoco han probado dentro del presente trámite lo contrario. Ahora si bien la actora cuenta con un PCL desfavorable, brilla por su ausencia que ya esté percibiendo alguna mesada pensional para cubrir sus gastos mínimos de subsistencia, para que al menos se llegue a considerar negar este amparo.

6.- Ahora bien, respecto al requisito de INMEDIATEZ, es pertinente aclarar que la Corte Constitucional, ha dicho adicionalmente, que:

"el examen de la inmediatez no consiste únicamente en revisar el paso del tiempo entre el hecho generador de la vulneración de un derecho fundamental y la interposición de la acción de tutela. Existen casos en los que el Juez de tutela debe verificar si existe un motivo válido, entendiéndolo como una justificación para el no ejercicio de la acción constitucional de manera oportuna, circunstancia justificativa que debe estar plenamente demostrada, y que debe responder a criterio de protección constitucional. Entre las circunstancias que la Corte ha reconocido como motivos justificantes para la tardanza, se encuentran las circunstancias de analfabetismo, desplazamiento forzado o de tratarse de madres cabeza de familia" [T-199 de 2015].

Dicho lo anterior, esta Sede Judicial constata que la acción de tutela que nos ocupa, si cumple en el requisito arriba descrito, pues los hechos que dieron origen a esta controversia si bien datan del año 2020, lo palmario al día de hoy es que la actora desde esa fecha hasta este año inclusive a realizado las gestiones que están a su alcance para perseguir el pago de las incapacidades que le corresponden, tan es así que hasta instauró acción de tutela para que le dieran respuesta a su solicitud de pago de incapacidades, por lo tanto mal haría este Despacho en negar el amparo deprecado argumentando falta del requisito de inmediatez aun cuando esta demostrado que la actora no es que hasta este año es que haya iniciado las gestiones para que le reconozcan las incapacidades sino que por lo contrario lleva mas de dos años en búsqueda de una solución para atender los problemas económicos que enfrenta a raíz de su enfermedad y como quiera que la negación de las entidades encartadas de pagar esos dineros persiste en el tiempo, permiten que la vulneración de los derechos permanezca hasta el día de hoy.

Claras las anteriores citas jurisprudenciales y sus análisis, se tiene que de la revisión del plenario se extraen varias premisas fácticas relevantes

para la resolución del caso que nos ocupa, que se recogen a continuación:

a) La señora ANA ELI POVEDA LAUREANO es una persona diagnosticada con cáncer EXOCERVIX". "SANGRADO DE COLON". "ANEMIA EN ESTUDIO. Es decir padece una enfermedad crónica.
b) Con ocasión de su diagnóstico, le han sido expedidas sendas incapacidades en distintos periodos desde el año 2020.
c) Le fue emitido concepto de Rehabilitación DESFAVORABLE el 04/11/2020, por los diagnósticos emitidos con un porcentaje de 37.95%.
d) La actora está reclamando las incapacidades del 05/06/2020 al 01/11/2020.
e) La tutelante, ha venido desde marzo de 2023 hasta la fecha reclamando tanto las incapacidades como que se le inicie el procedimiento para adquirir la pensión, sin embargo las entidades se han negado a reconocerle tales pagos e inclusive ha tenido que exigir respuesta a sus peticiones vía acción de tutela.

Entonces de las anteriores premisas se tiene que, la conducta desplegada por la EPS y la AFP, obliga a este despacho a pronunciarse sobre las incapacidades que se puedan generar no solo con anterioridad al día 180 sino además aquellas posteriores al día 180 y posteriores al día 540. Al respecto, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 1333 de 2018, reseñado en los anteriores párrafos. Además se tiene que, las incapacidades posteriores al día 540 serán asumidas por las E.P.S., siempre y cuando se cumplan con los presupuestos establecidos por el legislador.

Así las cosas, se concluye que el pago de las incapacidades no puede suspenderse cuando se realiza el examen de pérdida de capacidad laboral sino hasta el momento en que la persona pueda reintegrarse a su puesto de trabajo, o en su defecto, le sea reconocida la pensión de invalidez, por lo cual, en el caso que nos ocupa, basta con ese concepto desfavorable, para que resulte procedente atribuir el pago de las incapacidades tanto a la EPS como a la AFP.

Lo anterior se soporta en lo indicado en Sentencia T-004 de 2014, así:

> *"(…) trabajador que es calificado y supera el 50% de pérdida de capacidad laboral, ante la disminución física que padece, las entidades del Sistema les corresponde actuar con solidaridad y diligentemente para reconocer y pagar una suma de dinero con la cual pueda satisfacer sus necesidades básicas; razón por la cual mientras se decide definitivamente sobre el reconocimiento y el pago de la pensión de invalidez, el Fondo de Pensiones deberá costear las incapacidades laborales".*

En suma, en este caso, la accionante cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación y adicionalmente, con calificación del porcentaje de pérdida de su capacidad laboral inferior al 50%, por lo que, la AFP COLPENSIONES y la EPS FAMISANAR han desconocido los preceptos legales y jurisprudenciales que la obligan a asumir el costo de la prestación económica de salud que la actora reclama, y por ende deberán asumir dicha carga prestacional hasta que se surta el trámite definitivo que le reconozca la pensión de invalidez o hasta que la actora pueda restaurar su salud.

De otro lado, es de aclarar a COLPENSIONES que la tutela que se tramitó ante el Juzgado Primero (1º) Penal Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá con radicado N° 2023-00106 en ningún momento pretendía el pago de incapacidades, sino que mas bien de la lectura minuciosa de las pretensiones de ese escrito tutelar claramente refería a que

se ordenara a las mismas entidades aquí accionadas que le resolvieran de fondo la solicitud que ella les había elevado referente al pago de incapacidad y reconocimiento de la pensión de invalidez, por lo que inferir que este asunto ya fue discutido en otro Despacho iría en contra de las garantías fundamentales que cobijan a la actora.

Ahora, en cuanto a que el término para reclamar incapacidades ya se encuentra vencido, tampoco es de recibo para esta falladora, por cuanto la actora lleva persiguiendo estas acreencias desde marzo de 2023, sin que las entidades accionadas hayan sido diligentes y eficientes con este pedimento, prueba de ello, es la acción de tutela que tuvo que promover la señora ANA ELI, para que le contestan de fondo sus solicitudes radicadas, por lo que acceder a que las incapacidades se encuentran vencidas iría en contra vía con lo establecido por la H. Corte Suprema de Justicia en Sentencia STL2203-2017, cuyo Mg. Ponente fue Luis Gabriel Miranda Buelvas, al referir lo siguiente:

> *"(…) La reclamación que presente el trabajador, con miras a obtener el reconocimiento de sus acreencias laborales, interrumpe el término de prescripción por una sola vez, caso en el cual, una vez finalizada la interrupción, dicho término comienza a contarse nuevamente por un lapso igual al inicial, equivalente a tres años.*
>
> *En las condiciones anotadas, resulta manifiesto que la decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, de negar el reconocimiento y pago de las incapacidades reclamadas por el aquí accionante, al amparo de la supuesta prescripción de las mismas, vulneró los derechos fundamentales que fueron invocados, pues se trató de una decisión que no consultó el ordenamiento jurídico vigente relacionado con la prescripción como medio extintivo de las obligaciones, como tampoco las decisiones de esta Corte, en las que como máximo órgano encargado por la Constitución Política, de unificar la jurisprudencia en materia laboral, ha interpretado el alcance de dichas disposiciones.*
>
> *En ese orden, se concluye que la intervención del juez constitucional, en este puntual asunto, se encuentra justificada, como también la adopción de medidas urgentes de su parte, dirigidas a restablecer las prerrogativas fundamentales del señor José Nicolás Crespo de la Cruz. Por ello, esta Sala, en su condición de tal, dejará sin valor legal ni efecto alguno la sentencia proferida por la corporación accionada, el 5 de julio de 2016 y, en su lugar, le ordenará a dicha autoridad que profiera una decisión de reemplazo, en la que tenga en cuenta los razonamientos expresados en esta providencia.*

Basta con todo lo anteriormente considerado para amparar el derecho deprecado por la accionante, toda vez que al padecer una enfermedad crónica, automáticamente la hace sujeto de especial protección constitucional, aunado a lo hecho de que cuenta con un concepto desfavorable de recuperación y requiere del pago de sus incapacidades para poder cubrir sus gastos mínimos de subsistencia, pues al no gozar de buena salud se le ha dificultado volver a activarse laboralmente y ello, ocasiona que sus oportunidades sean escasas.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL JUZGADO TREINTA Y TRES DE FAMILIA DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

R E S U EL V E:

PRIMERO: TUTELAR los derechos de vida digna, seguridad social, vida en conexidad con el mínimo vital, dignidad humana incoados por ANA ELI POVEDA LAUREANO en contra de la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD

FAMISANAR S.A.S. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

SEGUNDO: ORDENAR a FAMISANAR EPS, que a través de su representante legal o quien haga sus veces, dentro del término perentorio de CUARENTA Y OCHO (48) HORAS siguientes a la notificación de este fallo, proceda si no lo ha hecho al reconocimiento y pago de las incapacidades generadas desde el día 3 al 180, a la señora ANA ELI POVEDA LAUREANO, quien podrá perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, ante la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, que a través de su representante legal o quien haga sus veces, dentro del término perentorio de CUARENTA Y OCHO (48) HORAS siguientes a la notificación de este fallo, proceda si no lo ha hecho al reconocimiento y pago de las incapacidades posteriores al día 181 hasta el día 540 a la señora ANA ELI POVEDA LAUREANO, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. Quien podrá perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, ante la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

CUARTO: **ORDENAR** a FAMISANAR EPS, que a través de su representante legal o quien haga sus veces, que en caso de que la accionada ANA ELI POVEDA LAUREANO, presente incapacidades superiores al día 540, reconozca y pague tales pretensiones económicas, conforme lo expresado en la parte motiva de esta Sentencia, hasta que se surta el trámite definitivo que le reconozca la pensión de invalidez, si a ello tuviere lugar.

QUINTO: NOTIFICAR lo aquí resuelto al accionante, a las entidades accionadas y entidades vinculadas por el medio más expedito y eficaz, según lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: REMITIR el presente expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de no impugnarse esta sentencia (artículo 31 del Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,
La Juez,

GLORIA VEGA FLAUTERO

YPEM

Firmado Por:
Gloria Vega Flautero
Juez
Juzgado De Circuito
De 033 Familia
Bogotá, D.C. - 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: **0416fcd366684f15b82898bc310998c52bea48ee4020af04b1c823c41cfd2998**

Documento generado en 25/01/2024 09:05:30 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica