



JUZGADO TREINTA Y CUATRO ADMINISTRATIVO
ORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Sección Tercera

CIUDAD Y FECHA	Bogotá, D.C., seis (6) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)
REFERENCIA	Expediente No. 11001333603420210031500
DEMANDANTE	OLGA LUCIA ROMERO RAMIREZ
DEMANDADO	Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones y Famisanar EPS.
MEDIO DE CONTROL	Tutela
ASUNTO	Sentencia Primera Instancia

Olga Lucia Romero Ramírez actuando en nombre propio, y en ejercicio de la acción establecida en el artículo 86 de la Constitución Política y desarrollada por el Decreto –Ley 2591 de 1991, interpuso acción de tutela en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones y EPS Famisanar, con el fin de proteger sus derechos fundamentales **de mínimo vital y móvil, vida, dignidad humana, trabajo, vivienda, salud y alimentación**, así como a recibir respuesta oportuna y de fondo a sus peticiones, derechos que considera afectados ante la omisión de las demandadas, para lo cual requiere entre otras “Ordenar a COLPENSIONES, EPS FAMISANAR A QUIEN CORRESPONDA, el pago de manera inmediata o en un término no mayor a cuarenta y ocho (48) horas, a mi favor pagar las incapacidades correspondientes desde el 1 de agosto de 2021 hasta el 5 de diciembre del presente año”.

1. ANTECEDENTES

1.1 PRETENSIÓN

En la solicitud de tutela se formuló como pretensiones:

(...) PRIMERO: Tutelar mi derecho fundamental al mínimo vital y móvil, y por tanto a la vida, a la dignidad humana, al trabajo, a la vivienda, a la salud y a la alimentación, así como a recibir respuesta oportuna y de fondo a las peticiones formuladas ante particulares.

SEGUNDO: Ordenar a COLPENSIONES, EPS FAMISANAR A QUIEN CORRESPONDA, el pago de manera inmediata o en un término no mayor a cuarenta y ocho (48) horas, a mi favor pagar las incapacidades correspondientes desde el 1 de agosto de 2021 hasta el 5 de diciembre del presente año.

TERCERO: Para efectos del pago solicitado, Banco Caja Social cuenta de ahorros: 24108279597 (...)

1.2 FUNDAMENTO FÁCTICO

1.Desde el **1 de febrero del año 1995** hasta la fecha, me encuentro vinculada mediante contrato a término indefinido con la empresa **Productos Lácteos y Congelados Palermo S.A.S. con NIT. 800.216.123-8.**

2.En el **año 2002** ya para ese entonces ya presentaba problemas de salud por una **radiculopatía y discopatía** que no me permitían ir a trabajar y la Eps Famisanar emitía las incapacidades pertinentes.

3.En el mes de **octubre del año 2014** fue hospitalizada durante 8 días por la discopatía e incapacitada 15 días.

4.Desde el año del 2018 empezó a empeorar mi salud tanto así que constantemente era incapacitada por la misma causa discopatía lumbar, tanto así que fui enviada a la clínica del dolor para empezar el tratamiento.

5.En el año **2019** ya empecé con terapias físicas, infiltraciones, nerulisis donde era incapacitada hasta por 30 días cada vez que me realizaban las infiltraciones.

6.El 12 de diciembre del 2020 me incapacitaron con el código de diagnóstico M545 lumbalgia y me incapacitaron 3 días No. De incapacidad 0007894156.

7.El día 5 de enero del año 2021 fui incapacitada por 3 días por procedimiento percutáneo, en la clínica del dolor ILANS con el No. De incapacidad 0007942295 M170.

8.El día 12 y el día 19 de enero del año 2020 fue incapacitada de nuevo por 3 días por procedimiento percutáneo en la clínica del dolor ILANS con el No. De incapacidades No. 0007942311 y 0007942330, con diagnóstico M170.

9.El 26 de enero del año 2021 acudo a la Eps Famisanar y me dan 3 días con el diagnóstico R522 por dolor crónico en la espalda, con el No. de incapacidad 0007942319.

10.El 23 de febrero del 2021 acudo a cita con el neurocirujano y me dan 30 días con el diagnóstico M511 trastornó del disco lumbar, con el No. de incapacidad 0007989316.

11.El 25 de Marzo del 2021 acudo de nuevo a clínica ILANS con el neurocirujano y me dan 30 días con el diagnóstico M511 trastornó del disco lumbar, con el No. De incapacidad 0008103997.

12.El 24 de abril del 2021 me acerco al centro médico de famisanar porque sigo con dolor y me dan 3 días de incapacidad con el diagnóstico M519 trastornó de los discos intervertebrales, con el No. de incapacidad 0008070269.

13.El 26 de abril del 2021 de nuevo me atienden en la clínica ILANS y el neurocirujano me da 30 días, con el diagnóstico M545 Lumbago no específico y con el No. de incapacidad 0008128784.

14.El 26 de mayo del 2021 me acerco a clínica ILANS y el neurocirujano me da 30 días con el diagnóstico M511 trastornó del disco lumbar, con el No. de incapacidad 0008193286.

15.El 25 de junio del 2021 de nuevo me acerco a clínica ILANS y el neurocirujano da 30 días más ya que mi condición de salud no mejora, M511 trastornó del disco lumbar, con el No. de incapacidad 0008263727.

16.El 6 de julio del 2021 me acerco al centro médico de famisanar y me otorgan 10 días de incapacidad, con el diagnóstico M511 trastornó del disco lumbar, con el No. de incapacidad 0008206849.

17.El 16 de julio del 2021 me acerco al centro médico de famisanar y me otorgan 10 días de incapacidad, con el diagnóstico M511 trastornó del disco lumbar, con el No. de incapacidad 0008229548.

18.El 26 de julio del 2021 me acerco al centro médico de famisanar y me otorgan 1 día de incapacidad, con el diagnóstico M511 trastornó del disco lumbar, con el No. de incapacidad 0008246925.

19.El 27 de julio del 2021 me acerco a clínica ILANS y me otorgan 30 días de incapacidad, con el diagnóstico M511 trastornó del disco lumbar, con el No. de incapacidad 0008300817 y la EPS FAMISANAR RECONOCE 12 DÍAS PAGOS.

20.Los 18 días restantes de la incapacidad la EPS NIEGA EL PAGO DE LAS INCAPACIDADES YA QUE SUPERAN LOS 180 DÍAS, Y DEBE SER TRAMITADA ANTE COLPENSIONES.

21.El 26 de agosto del 2021 de nuevo me acerco a la eps famisanar y me dan 5 días de incapacidad con el No. 0008307649 la cual ES NEGADA DE NUEVO ANTE FAMISANAR

22.El 31 de agosto del 2021 me acerco a clínica ILANS y me dan 30 días de incapacidad con el No. 0008334315 de nuevo ES NEGADA ANTE FAMISANAR.

23.El 21 de septiembre de nuevo me acerco a COLPENSIONES sede salitre para radicar las incapacidades del mes de agosto y a la fecha no han dado ninguna respuesta

24.El 30 de septiembre del 2021 me acerco a la Eps y me dan 7 días de incapacidad con el No. 0008381159 y de nuevo en negada el pago de la incapacidad.

25.El 7 de octubre del 2021 me acerco a clínica ILANS y me dan 30 días más con el No. 0008407706 la cual tampoco es reconocida por Famisanar. Cabe decir que en las anteriores incapacidades el diagnóstico siempre fue M511 trastornó del disco lumbar.

26.El día 16 de octubre me realizaron una cirugía ARTRODESIS DE COLUMNA y me otorgan una incapacidad de 30 días hasta el 5 de diciembre con el No. de incapacidad 0008488943 con el diagnóstico M511.

1.3 ACTUACIÓN PROCESAL

La tutela correspondió por reparto el 25 de noviembre de 2021, con providencia del 26 de noviembre de 2021 se admitió y se ordenó notificar a la accionadas, las accionadas presentaron las pruebas y su informe de tutela el 30 de noviembre de 2021 y el 1 de diciembre de 2021.

1.4 CONTESTACIÓN DE LA TUTELA

1.4.1 Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones

Revisadas las bases de datos de Colpensiones, se evidenció que el **día 11/06/2021 bajo el radicado No2021_6699271**, la EPS FAMISANAR allegó Concepto de Rehabilitación de la señora OLGA LUCIA ROMERO RAMIREZ con **pronóstico DESFAVORABLE**.

De acuerdo a lo anterior, no es procedente por parte de esta administradora el reconocimiento y pago de incapacidades médicas a favor de la señora OLGA LUCIA ROMERO RAMIREZ por cuanto al tener CRE Desfavorable, lo pertinente es calificar la pérdida de la capacidad laboral, como en efecto Colpensiones lo hizo a través del **Dictamen DML No.4348932' del 29/09/2020**, mediante el cual se determinó una PCL del 34.20% con fecha de estructuración del 28/09/2020.

Así mismo, se tiene que verificado el expediente administrativo de la señora OLGA LUCIA ROMERO RAMIREZ se observó que bajo el radicado No. 2021_10966645, la accionante solicitó reconocimiento y pago de incapacidades. Es así que, mediante Oficio BZ2021_10966645-2806614 del 08/11/2021, emitido por la Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones se le informó que las incapacidades pretendidas no eran susceptibles de reconocimiento por tener CRE Desfavorable.

Valga la pena aclarar que la obligación de pago de incapacidades nace para este fondo de pensiones a partir del momento en que es remitido documento CRE por parte de EPS, siempre y cuando se esté solicitando el reconocimiento de pago de periodos superiores al día 180 y hasta el día 540, y el afiliado cuente con pronóstico de recuperación favorable respecto de lo padecido.

En tal virtud, para que la Administradora de Fondos de Pensiones otorgue el subsidio por incapacidad conforme a la Ley, se hace necesario que el afiliado (i) padezca una enfermedad de origen común; (ii) que la incapacidad sea continua y supere los 180 días y (iii) se emita concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS, iv) que al momento de cumplirse el día 180 se encuentre afiliado a Colpensiones, y que v) el afiliado tenga cotizaciones a pensión dentro de los 30 días anteriores a la fecha de incapacidad reclamada, supuestos concurrentes que no se cumplen en esta oportunidad.

Ahora bien, en concepto emitido el 21 de mayo de 2015 (rad. 201511400874021) el Ministerio de Salud ha sostenido lo anterior, en los siguientes términos:“ De conformidad con las normas precitadas, en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, el reconocimiento y pago de incapacidades por contingencias de origen común, para los afiliados cotizantes es hasta por el término de 180 días a cargo de la EPS, y cuando exista concepto favorable de rehabilitación por parte de dicha entidad, la Administradora de Fondos de Pensiones -AFP 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 EPS, caso en el cual, se otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía percibiendo. Por otra parte, debe precisarse que si bien es cierto la EPS no estaría obligada a reconocer una incapacidad superior a ciento (180) días, dicha entidad estará sujeta al deber de reconocer un subsidio equivalente a la incapacidad que venía asumiendo, en el evento de no haber expedido el concepto de rehabilitación con destino a la AFP, tal y como lo prevé para el efecto el inciso 6 del artículo 142 del Decreto Ley 0019 de 2012 a título de sanción

Por último, se precisa señor Juez que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para tal reclamación, pues no se debe procurar que mediante fallo de tutela se ordene a esta administradora reconocer y pagar incapacidades con CRE DESFAVORABLE desdibujando así, el **principio de subsidiaridad que rige la tutela**.

1.4.2 EPS. Famisanar SAS

Solicita se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva de la representada, e indica que la EPS FAMISANAR 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 registra incapacidad continua desde el 15/12/2020 cumpliendo 180 días el 07/08/2021, por lo que las incapacidades desde el 08/08/2021 deben ser reconocidas por el Fondo de Pensiones.

Se adjunta soporte de Concepto de Rehabilitación emitido el 07/06/2021, dentro de los tiempos según la normatividad vigente 11/06/2021. (...)”

Así las cosas, es claro que la accionante solicita el pago de incapacidades causadas con posterioridad al día 180 de incapacidad esto es, del 8 de agosto de 2021 en adelante, razón por la cual esta entidad no es la llamada a garantizar el pago

1.5 PRUEBAS

- ✓ Copia de la Cédula de Ciudadanía
- ✓ Copia de las incapacidades No. médicas (14 folios)
- ✓ Adjunto certificación de relación de incapacidades.
- ✓ carta emitida por Colpensiones donde ratifica las causales de no reconocimiento Bogotá
- ✓ Concepto desfavorable de rehabilitación del 7 de junio del 2021.
- ✓ Dictamen DML No.4348932 del 29/09/2020 con porcentaje de pérdida de capacidad laboral 34.20 % enfermedad de origen común
- ✓ Copia simple notificación a la AFP de concepto de rehabilitación.
- ✓ Carta emitida por Colpensiones donde ratifica las causales de no reconocimiento Bogotá, 08 de noviembre de 2021 BZ2021_10966645-2806614

2. CONSIDERACIONES

2.1 COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y en los artículos 1°, 5° y 8° del Decreto – Ley 2591 de 1991 “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, la acción de tutela está encaminada a la protección inmediata de los Derechos Constitucionales Fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares; en este último evento, en los casos señalados de manera expresa y restrictiva por la ley.

Así las cosas, este Despacho es competente para decidir frente a las Acciones de Tutelas presentadas por los ciudadanos, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 14 y 37 del Decreto 2591 de 1991.

2.2 ASUNTO PARA RESOLVER

El despacho debe establecer si las accionadas Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones y Famisanar EPS vulneraron los derechos fundamentales de petición, mínimo vital y móvil, vida, dignidad humana, trabajo, vivienda, salud y alimentación de la señora OLGA LUCIA ROMERO RAMIREZ al no pagarle las incapacidades correspondientes desde el 1 de agosto de 2021 hasta el 5 de diciembre del presente año.

2.3 DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El núcleo esencial de los derechos fundamentales ha sido entendido como el reducto medular invulnerable que no puede ser puesto en peligro por autoridad o particular alguno.

La Corte Constitucional lo define como “el ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyuntura o ideas políticas”.

Derecho de petición

De acuerdo con el artículo 23 de la Constitución Política de 1991, toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas ante las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener una pronta resolución. Tal derecho permite hacer efectivos otros derechos de rango constitucional, por lo que ha sido

considerado por la jurisprudencia como un derecho de tipo instrumental¹, en tanto que es uno de los mecanismos de participación más importantes para la ciudadanía, pues es el principal medio que tiene para exigir a las autoridades el cumplimiento de sus deberes.

El derecho de petición, según la jurisprudencia constitucional, tiene una finalidad doble: por un lado, permite que los interesados eleven peticiones respetuosas a las autoridades y, por otro, garantiza una respuesta oportuna, eficaz, de fondo y congruente con lo solicitado. Ha indicado la Corte que:

“(…) dentro de sus garantías se encuentran (i) la pronta resolución del mismo, es decir que la respuesta debe entregarse dentro del término legalmente establecido para ello; y (ii) la contestación debe ser clara y efectiva respecto de lo pedido, de tal manera que permita al peticionario conocer la situación real de lo solicitado”².

En esa dirección también ha sostenido que a este derecho se adscribe el derecho a recibir una respuesta de fondo, es decir, resolver materialmente lo planteado, de manera clara, precisa y congruente. En otras palabras, *“que se debe dar resolución integral de la solicitud, de manera que se atienda lo pedido, sin que ello signifique que la solución tenga que ser positiva”³.*

Adicionalmente, y de conformidad con lo dispuesto en sentencia T- 379 de 2013: *“Se concluye entonces, que el derecho de petición consagra de un lado la facultad de presentar solicitudes respetuosas a las entidades públicas y privadas. Y de otro lado, el derecho a obtener respuesta oportuna, clara, completa y de fondo al asunto solicitado. La jurisprudencia constitucional también ha resaltado que la respuesta de la autoridad debe incluir un análisis profundo y detallado de los supuestos fácticos y normativos que rigen el tema. Así, se requiere “una contestación plena que asegure que el derecho de petición se ha respetado y que el particular ha obtenido la correspondiente respuesta, **sin importar que la misma sea favorable o no a sus intereses**” (Negrilla fuera de texto).*

Derecho al Mínimo Vital

Uno de los derechos más característicos de un Estado Social de Derecho es el mínimo vital. Según la Corte Constitucional, este derecho se deriva de los principios de Estado Social de derecho, dignidad humana y solidaridad, en concordancia con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad. Este derecho adquiere relevancia en situaciones humanas límites, relativas a la extrema pobreza y la indigencia, cuando frente a las necesidades más elementales y humanas, el Estado y la sociedad no responden de manera congruente.⁴

¹ En las sentencias C-748/11 y T-167/13, esta Corte manifestó que: “el derecho de petición se considera también un derecho instrumental, puesto que es un vehículo que permite y facilita el ejercicio de muchos otros derechos, tanto fundamentales como sin esa connotación. Igualmente ha resaltado la Corte que esta garantía resulta esencial y determinante como mecanismo de participación ciudadana, dentro de una democracia que se autodefine como participativa”. En igual sentido, la sentencia C-951/14 insistió en que “esta Corporación se ha pronunciado en incontables ocasiones sobre el derecho de petición. En esas oportunidades ha resaltado la importancia de esa garantía para las personas, toda vez que se convierte en un derecho instrumental que facilita la protección de otros derechos, como por ejemplo, la participación política, el acceso a la información y la libertad de expresión” (negrillas en el texto).

² Sentencia T-376/17.

³ Sentencia T-376/17.

⁴ Sentencia T-716/17

Vida

Siempre que la vida humana se vea afectada, en su núcleo esencial, mediante lesión o amenaza inminente y grave, el Estado social deberá proteger de inmediato al afectado, a quien le reconoce su dimensión inviolable. Así el orden jurídico total se encuentra al servicio de la persona, que es el fin del derecho. Con mayor razón debe ser prevalente tratándose de la vida de un niño.⁵

*Una síntesis de la configuración jurisprudencial del referente o del contenido de la expresión “**dignidad humana**” como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciados: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.⁶*

Trabajo

Con el derecho al trabajo, consagrado como derecho fundamental en el artículo 25 constitucional y en los convenios internacionales suscritos por Colombia, sucede como con los demás de su clase: muchas de las prerrogativas laborales que se derivan de su naturaleza esencial no alcanzan el nivel de derechos fundamentales, y por tanto, no son susceptibles de protección por vía de tutela. Sobre este particular, la Corte señaló: “Es cierto que el derecho al trabajo es fundamental, y, por tanto, su núcleo esencial es incondicional e inalterable. Pero lo anterior no significa que los aspectos contingentes y accidentales que giran en torno al derecho al trabajo sean, per se, tutelables, como si fueran la parte esencial”. No obstante, la Corte ha establecido una excepción a la regla: para cada caso concreto, cuando quiera que la vulneración de un derecho conexo conlleva el ataque injustificado del núcleo esencial del derecho fundamental, la tutela es el mecanismo adecuado para hacer efectiva la protección del Estado.⁷

Seguridad Social

El concepto de “seguridad social” hace referencia a la totalidad de las medidas que propenden por el bienestar de la población en lo relacionado con la protección y cobertura de unas necesidades que han sido socialmente reconocidas, por ello, con respecto al contenido de este especial derecho, el Comité de Derechos

⁵ Sentencia T-165/95

⁶ Sentencia T-881/02

⁷ Sentencia T-799/98

Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 19 destacó que: “El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo.”⁸

Salud

El derecho a la salud antes de ser regulado por la Ley Estatutaria fue objeto de varios pronunciamientos por la Corte Constitucional recogidos varios de ellos en la sentencia T-760-2008 donde se concluyó que “(...) *que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presenta un déficit de protección constitucionalmente inadmisibile. (...) “(...) el derecho a la salud es, autónomamente, un derecho fundamental y que, en esa medida, la garantía de protección debe partir de las políticas estatales, de conformidad con la disponibilidad de los recursos destinados a su cobertura.” Esta decisión se adoptó considerando la estrecha relación entre la salud y el concepto de la ‘dignidad humana’, “(...) elemento fundante del estado social de derecho que impone a las autoridades y a los particulares el trato a la persona conforme con su humana condición*”⁹.

Según la Corte Constitucional y la Ley 1751 de 2015 el derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo y comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud.

El Estado deberá adoptar las medidas para que se garantice el derecho a la salud dada que es elemental e indispensable para el ejercicio de otros derechos fundamentales.

El Estado deberá adoptar políticas que aseguren la prestación del derecho a la salud como servicio público esencial obligatorio.

Dentro de la Ley Estatutaria del derecho a la salud se estableció como principio la continuidad en la prestación del servicio, el cual puede ser vulnerado por la interrupción o demora en la prestación del servicio y a su vez puede afectar otros derechos como la vida digna.

2.4 SOLUCIÓN AL CASO EN CONCRETO

En el presente asunto la señora OLGA LUCIA ROMERO RAMIREZ pretende la protección de sus derechos fundamentales de petición, mínimo vital y móvil, vida, dignidad humana, trabajo, vivienda, salud y alimentación y que se ordene a las

⁸ Sentencia T-690/14

⁹ Sentencia T-193 del 30 de marzo de 2017, MP.: Iván Humberto Escrucería Mayolo.

accionadas Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones y/ o Famisanar EPS pagar las incapacidades correspondientes desde el 1 de agosto de 2021 hasta el 5 de diciembre del presente año.

El despacho debe analizar el principio de **Subsidiariedad** que conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable¹⁰. Es decir que se debe analizar si los mecanismos ordinarios son idóneos y eficaces para lograr la cesación de la vulneración de los derechos alegados por el accionante.

De las pruebas aportadas y la contestación de las entidades accionadas es claro que la señora OLGA LUCIA ROMERO RAMIREZ presenta un deterioro en su estado de salud, y lleva varios periodos de incapacidad, encontrándose el periodo del 1 de agosto de 2021 hasta el 5 de diciembre del 2021 sin pago alguno.

Respecto a esta obligación y atendiendo lo dispuesto por la ley 100 de 1993 encontramos lo siguiente:

La ley 100 de 1993 en su ARTÍCULO 41. CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ.

(...) El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.

*Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales -ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, **determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias.** En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitir a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.*

El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede

¹⁰ De manera que, este mecanismo de protección constitucional se caracteriza por su naturaleza residual o subsidiaria. Ello “obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución Política a las diferentes autoridades judiciales, lo cual tiene apoyo en los principios constitucionales de independencia y autonomía de la actividad judicial

solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional.

Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, ARP, aseguradora o entidad promotora de salud) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudir en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la respectiva entidad.

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 postergar 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 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 iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.

Sin perjuicio de lo establecido en este artículo, respecto de la calificación en primera oportunidad, corresponde a las Juntas Regionales calificar en primera instancia la pérdida de capacidad laboral, el estado de invalidez y determinar su origen.

A la Junta de Calificación Nacional compete la resolución de las controversias que en segunda instancia sean sometidas para su decisión por las Juntas Regionales.

La calificación se realizará con base en el manual único para la calificación de invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, vigente a la fecha de calificación, que deberá contener los criterios técnicos-científicos de evaluación y calificación de pérdida de capacidad laboral porcentual por sistemas ante una deficiencia, discapacidad e invalidez que hayan generado secuelas como consecuencia de una enfermedad o accidente.

PARÁGRAFO 1. Para la selección de los miembros de las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez, el Ministerio del Trabajo tendrá en cuenta los siguientes criterios:

La selección se hará mediante concurso público y objetivo, cuya convocatoria se deberá hacer con no menos de dos (2) meses de antelación a la fecha del concurso e incluirá los criterios de ponderación con base en los cuales se seleccionará a los miembros de estos organismos. La convocatoria deberá publicarse en un medio de amplia difusión nacional.

Dentro de los criterios de ponderación se incluirán aspectos como experiencia profesional mínima de cinco (5) años y un examen escrito de antecedentes académicos sobre el uso del manual de pérdida de capacidad laboral y de invalidez, el cual se realizará a través de una entidad académica de reconocido prestigio. Los resultados del concurso serán públicos y los miembros de las Juntas serán designados por el Ministro del Trabajo, comenzando por quienes obtuvieron mayor puntaje.

La conformación de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez podrá ser regionalizada y el manejo de sus recursos será reglamentado por el Gobierno Nacional de manera equitativa. El proceso de selección de los integrantes de las juntas de calificación de invalidez se financiará con recursos del Fondo de Riesgos Profesionales.

PARÁGRAFO 2. *Las entidades de seguridad social, los miembros de las Juntas Regionales y Nacional de Invalidez y los profesionales que califiquen serán responsables solidariamente por los dictámenes que produzcan perjuicios a los afiliados o a los Administradores del Sistema de Seguridad Social Integral, cuando este hecho esté plenamente probado. ”*

Entonces en el caso en concreto el pago de la incapacidad corresponde de la siguiente manera:

Periodos de incapacidad de la accionante	periodo	Entidad Obligada
5 de enero de 2021	Día 1-2	Empleador Productos Lácteos y Congelados Palermo S.A.S. con NIT. 800.216.123-8.
Hasta el 7 de agosto de 2021	Día 3-180	EPS FAMISANAR SAS
8 de agosto de 2021 hasta el 5 de diciembre del presente año	Día 181-540	Fondo de Pensiones COLPENSIONES

El período cuyo pago reclama la accionante corresponde al fondo de pensiones COLPENSIONES, sin embargo, dicha obligación está supeditada al concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS, como de rehabilitación del 7 de junio del 2021 fue desfavorable la entidad válidamente se niega a efectuar el reconocimiento económico.

COLPENSIONES continuó con la valoración de calificación para iniciar el trámite de una posible pensión por invalidez, el porcentaje de dicha valoración no fue superior al 50 % y a la fecha el despacho desconoce si la accionante efectuó la solicitud para que fuera calificada por la Junta Regional incluso la Nacional.

La Corte Constitucional ha señalado que las acciones de tutela no procede para el reconocimiento y pago de derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral, como los auxilios por incapacidad, ya que los mismos son protegidos en el ordenamiento jurídico colombiano a través de los procesos laborales ordinarios.

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, el conocimiento de (...) *“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.”* (...)

Al respecto cabe mencionar que la accionante puede demandar ante la jurisdicción ordinaria laboral el reconocimiento de unas incapacidades a pesar de contar con concepto desfavorable de rehabilitación o demandar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, pues es el mecanismo ordinario idóneo y eficaz para exponer lo pretendido, además no acreditó siquiera sumariamente las razones por las que el mecanismo ordinario es ineficaz y no está llamado a prosperar.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Declarar improcedente la acción de tutela que presentó el señor OLGA LUCIA ROMERO RAMIREZ , por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: NOTIFICAR por el medio más expedito la presente providencia a la accionante OLGA LUCIA ROMERO RAMIREZ y al Presidente de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones y al Representante Legal de FAMISANAR E.P.S o a quien haga sus veces.

TERCERO: En caso de que la presente providencia no fuere impugnada, remítase, para efectos de su Revisión, a la Honorable Corte Constitucional, en los términos del Artículo 31 del Decreto – Ley 2591 de 1991.

COPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


OLGA CECILIA HENAO MARIN
Juez

NNC

Firmado Por:

Olga Cecilia Henao Marin
Juez
Juzgado Administrativo
034
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: **9d0b1818f294098165fbebabc2a2de55e2bc1d440e9b72a15de9fcebace9f8f**

Documento generado en 06/12/2021 10:45:25 PM

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