

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CINCUENTA Y SIETE CIVIL MUNICIPAL**

Bogotá D. C., doce (12) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Referencia 11001 40 03 057 2023 00314 00 Acción de Tutela

Cumplido el trámite de rigor procede el Despacho a proferir el fallo que corresponda dentro de la acción constitucional del epígrafe.

ANTECEDENTES

1. La señora MAYALI CAPERA MALAMBO, presenta acción de tutela contra E.P.S. FAMISANAR S.A.S. y ASEOS LA PERFECCIÓN S.A.S., buscando obtener el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, y seguridad social integral.

2. Los hechos que fundamentan las pretensiones de la queja constitucional, se centran en:

2.1. La señora Mayali Capera Malambo, ha sido incapacitada desde el año 2017 por presentar cáncer de mama.

2.2. A través de su empleador ASEOS LA PERFECCIÓN S.A.S, se encuentra afiliada como trabajadora dependiente en la E.P.S FAMISANAR S.A.S. y A.F.P. PROTECCIÓN S.A.

2.3. El salario base de cotización es de un salario mínimo legal mensual vigente.

2.4. Tras realizarse el tratamiento para el manejo del cáncer de mama, surgió otras patologías en su brazo derecho LESION DE PLEXO BRAQUIAL DERECHO, EDEMA DE MANO Y BRAZO DERECHOS.

2.5. La IPS tratante es el CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLOGICAS CLÍNICA SAN DIEGO.

2.6. El FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A, rindió dictamen de pérdida de capacidad laboral, determinando que las enfermedades denominadas LESION DE PLEXO BRAQUIAL DERECHO, EDEMA DE MANO Y BRAZO DERECHOS, son de origen común.

2.7. La JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, confirmó que las enfermedades secundarias son de origen común, y preciso el porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

2.8. Para el año 2022, la EPS rinde dictamen de pérdida de capacidad laboral bajo los diagnósticos de CARCINOMA DE MAMA Y LESION DE PLEXO BRAQUIAL DERECHO, EDEMA DE MANO Y BRAZO DERECHOS.

2.9. Debido a las patologías que padece han persistido las incapacidades.

2.10. Advierte que presenta inmovilidad en la mano derecha, impidiéndole ejercer varias de sus actividades de aseo y cuidado personales.

2.11. A la presentación de la queja constitucional se adeudan las incapacidades laborales comprendidas entre el 10 de enero al 9 de abril de 2023.

2.12. En su condición de madre cabeza de familia, requiere del pago de sus incapacidades médicas, ya que es su único medio económico para sustentar sus gastos personales y los de su grupo familiar.

2.13. Debido a la vulneración en la que se encuentra ha acudido a varias acciones de tutela en contra de las entidades encartadas.

3. Pretende a través de esta queja el amparo de las prerrogativas invocadas, y se ordene a EPS FAMISANAR y ASEOS LA PERFECCIÓN S.A.S., *“...pagar a mi favor las incapacidades ya radicadas y expedidas por el médico tratante del periodo del 10 de enero de 2023 al 08 de febrero de 2023, esto es treinta (30) días (...) pagar a mi favor las incapacidades ya radicadas y expedidas por el médico tratante del periodo del 09 de febrero de 2023 al 10 de marzo de 2023, esto es treinta (30) días (...) pagar a mi favor las incapacidades ya radicadas y expedidas por el médico tratante del periodo del 11 de marzo de 2023 al 09 de abril de 2023, esto es treinta (30) días (...) reconocer y pagar las incapacidades médicas que en adelante se generen en aras de no tener que acudir a la acción de tutela (...) los demás derechos que su señoría tenga en consideración...”*

4. Revisado el escrito de tutela, el Despacho la admitió el 27 de marzo hogaño, disponiéndose notificar a las accionadas para que ejercieran su derecho de defensa, y se ordenó la vinculación de ADRES (Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud), la Superintendencia de Salud, y la Secretaria de Salud de Bogotá, el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, y el CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLOGICAS CLÍNICA SAN DIEGO.

5. La Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud –ADRES advirtió, que no es responsable del agravio alegado por la actora, razón por la cual carece de legitimación en la causa.

6. La Secretaria de Salud de Bogotá indicó, que carece de legitimación en la causa por pasiva, puesto que es la Entidad Promotora de Salud cuestionada la que debe pronunciarse sobre la viabilidad del pago de las prestaciones reclamadas. Seguidamente señaló, que no es competente para requerir a la EPS, ni tampoco tiene facultad para otorgar beneficios económicos generados por licencias médicas.

7. El FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. señaló, que la demandante se encuentra afilada desde el 13 de septiembre de 2013 a ese Fondo de Pensiones. De igual forma indicó, que el 7 de diciembre de 2020 la EPS FAMISANAR remitió concepto de rehabilitación con pronóstico desfavorable, lo que implica que la incapacidad reclamada en la presente acción tutela es superior a 540 días, correspondiéndole a la Entidad Promotora Salud el pago de las mismas.

Agregando, que sólo procede el pago de subsidios de incapacidad temporal a cargo de la Administradora del Fondo de Pensiones cuando se superen los 180 días de incapacidad continua y existe concepto favorable de rehabilitación del afiliado.

Por otro lado, preciso que consultado el expediente de la quejosa se evidenció que en oportunidad se procedió a calificar la pérdida de la capacidad laboral en un 43.07%, por enfermedad de origen común con fecha de estructuración del 9 de diciembre de 2021. Decisión que fue apelada ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, que efectuó una nueva valoración donde determino un porcentaje del 41.17% de origen común

y fecha de estructuración del 12 de julio de 2022. Ante dicho ajuste, la actora presento inconformidad que fue remitida ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

8. La JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ manifestó, que el 7 de julio de 2016 profirió el dictamen No. 52242266 donde determino que el tumor maligno del cuadrante superior externo de la mama es una enfermedad de origen común, con pérdida de la capacidad laboral del 36.76% y fecha de estructuración 10 de agosto de 2015. En oportunidad se remitió el expediente a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Posteriormente se emitió el dictamen No. 52242266-092771 del 28 de julio de 2022 por los diagnósticos de tumor maligno de la mama, dolor crónico intratable, y otros estados posquirúrgicos especificados (colecistectomía), determinándose que son de origen común, con pérdida de capacidad laboral del 41.17% y fecha de estructuración 12 de julio de 2022, remitiéndose a la Junta Nacional para resolver el recurso de apelación.

9. EL CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLOGICAS CLÍNICA SAN DIEGO indicó, que a la accionante se le han prestado todos los servicios asistenciales que se ha requerido, sin que este a su cargo el reconocimiento y pago de las incapacidades generadas en oportunidad.

10. FAMISANAR S.A.S. precisó, que se están adelantado las actuaciones administrativas necesarias frente al reconociendo y pago de las licencias otorgadas a favor de la quejosa. Razón por la cual, solicita que se conceda un término razonable para surtirse todos los tramites tendientes a resolver las pretensiones de la parte accionante.

11. ASEOS LA PERFECCIÓN S.A.S señaló, que las incapacidades comprendidas entre el periodo del 10 de enero al 8 de febrero de 2023 deben ser asumidas por el Sistema de Seguridad Social, es decir, a cargo de la Entidad Promotora de Salud o el Fondo de Pensiones donde se encuentre afiliada la actora. De igual forma preciso, que se ha efectuado todos los aportes al sistema general en salud, teniendo en cuenta que la trabajadora lleva seis años incapacitaría. Finalmente allego los diferentes fallos de donde se han amparado los derechos fundamentales de la actora por el pago de incapacidades laborales.

11. La Superintendencia de Salud guardo silencio ante el requerimiento elevado por el Despacho.

CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela constituye un mecanismo previsto en la Constitución Política de 1991 cuyo fin primordial es la protección de los derechos fundamentales en caso de amenaza o violación por las autoridades públicas o los particulares, viabilizándose cuando no existe otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable (art. 86 C.P. y Decreto 2591 de 1991).

En cuanto a las condiciones de procedencia del amparo constitucional, se tiene que está supeditada al carácter de residualidad, subsidiariedad, e inmediatez, es decir, que no exista otra vía por medio de la cual se pueda obtener de modo optimo y eficaz la protección aludida (salvo que se invoque como mecanismo transitorio), y que sea interpuesta de forma tempestiva y/o dentro de un término razonable a la ocurrencia de los hechos motivos de la queja.

2. El problema jurídico a dilucidar, se circunscribe a verificar si la EPS FAMISANAR y ASEOS LA PERFECCIÓN S.A.S., han vulnerado los derechos fundamentales al mínimo vital, y seguridad social integral de la señora MAYALI CAPERA MALAMBO al no haberse reconocido y pagado las incapacidades generadas entre el 10 de enero al 9 de abril de 2023.

3. Como punto de partida ha de precisarse que el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 considera contrario a la Constitución el uso abusivo e indebido de este amparo, que se concreta en la duplicidad del ejercicio entre las mismas partes, por los mismos hechos y con el mismo objeto, por lo cual la Corte Constitucional ha señalado las reglas para acreditar que el accionante se encuentra inmerso en temeridad, tal y como lo establece la Sentencia T-679 de 2009 cuando:

*“...(i) La **identidad de partes**, es decir, que las acciones de tutela se dirijan contra el mismo demandado y, a su vez, sean propuestas por el mismo sujeto en su condición de persona natural, o de persona jurídica, directamente o a través de apoderado.(ii) La **identidad de causa petendi**, o lo que es lo mismo, que el ejercicio de las acciones se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa.(iii) La **identidad de objeto**, esto es, que las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o sobre todo el amparo de un mismo derecho fundamental. (iv) Por último, a pesar de concurrir en un caso en concreto los tres (3) citados elementos que conducirían a rechazar la solicitud de tutela, el juez constitucional tiene la obligación dentro del mismo proceso tutelar, de excluir la existencia de un argumento válido que permita convalidar la duplicidad en el ejercicio del derecho de acción. Esta ha sido la posición reiterada y uniforme de esta Corporación, a partir de la interpretación de la parte inicial del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, conforme al cual: “Cuando sin motivo expresamente justificado la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes...”.*

Adicionalmente la mentada corporación ha precisado que la temeridad se puede observar bajo dos dimensiones: “...(i) cuando el accionante actúa de mala fe; y (ii) cuando el demandante acude al recurso de amparo de manera desmedida, por los mismos hechos, sin esgrimir una justificación razonable que justifique dicho actuar. Ante tal circunstancia, “la Corte concluyó que para rechazar la acción de amparo por temeridad, la decisión se debe fundar en el actuar doloso del peticionario, toda vez que esa es la única restricción legítima al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, el cual se ejerce a través de la acción de tutela...”¹

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha determinado que la temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones; y (iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista (Sentencia SU-168 de 2017).

Ahora bien, una vez revisada los fallos emitidos por los JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍA, y el JUZGADO SETENTA Y OCHO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ, se podría decir que la señora MAYALI CAPERA MALAMBO ha actuado de forma temeraria al haber instaurado otra demanda constitucional en contra de la E.P.S. FAMISANAR S.A.S. y ASEOS LA PERFECCIÓN S.A.S., con el fin de obtener el

¹ Sentencia T-162/18

reconocimiento y pago de las incapacidades generadas a su favor. No obstante, no se evidencia la configuración del carácter subjetivo que señala la jurisprudencia constitucional, en la medida que no obra plena prueba que evidencia que la tutelante actuó de mala fe, y fundo sus pretensiones en propósitos desleales, y dolosos, que “...*deja al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción...*”.² Luego, cabe resaltar que la sola interposición de varias acciones de tutela no deja por sentado que se actuó con temeridad, porque la accionante puede estar frente a una situación de miedo insuperable, ignorancia, o por una deficiente asistencia técnica.³

En ese orden de ideas, basta señalar que en el numeral segundo de la parte resolutive del fallo de tutela del 6 de noviembre de 2019 proferido por el JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS se ordenó a la EPS FAMISANAR “...*reconocer y pagar las incapacidades otorgadas a la señora MAYALI CAPERA MALAMBO desde el dos (2) de diciembre de dos mil dieciocho (2018) hasta el 12 de agosto de 2019 y todas las que se emitan con posterioridad y con ocasión de la patología que padece – C509 tumos maligno de la mama- hasta que se emita concepto favorable de rehabilitación o se determine el porcentaje de pérdida de capacidad laboral en favor de la señora MAYALI CAPERA MALAMBO...*” (subrayado fuera del texto).

Sobre éste último aspecto es útil resaltar, que la accionante debe acudir a la figura del incidente de desacato para procurar el reconocimiento y pago de las licencias generadas entre el 10 de enero al 9 de abril de 2023, ya que en el fallo de tutela del 6 de noviembre de 2019 proferido por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, se ordenó a la Entidad Promotora de Salud que pague las licencias generadas con posterioridad al 12 de agosto de 2019 hasta que se emita concepto de rehabilitación favorable o se determine la pérdida de la capacidad laboral a favor de la actora.

Condiciones que no se han superado a la presentación de la acción de tutela, ya que la señora Capera Malambo cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación del 7 de diciembre de 2020 (folio 50 del expediente laboral), y pese a que se emitido dictámenes de pérdida de capacidad laboral, estos no son suficientes para iniciar los trámites del reconcomiendo de la pensión por invalidez,⁴ en la medida que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca solo le otorgó un 41.17% con fecha de estructuración 12 de julio de 2022 (folio 47 del expediente digital). Es decir, que la demandante no se le ha reconocido un porcentaje de pérdida de incapacidad laboral a su favor que amerita el pago de una mesada pensional que sustituya la licencia otorgadas por el médico tratante.

Por tanto, la señora MAYALI CAPERA MALAMBO debe presentar ante el JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS incidente de desacato con ánimo de obtener el pago de las incapacidades medidas aquí reclama, como lo ha puntualizado la Corte Constitucional en sentencia T-1198 de 2003, al precisar que:

² Sentencia T-162/18

³ “...Sin embargo, la Corte ha aclarado que la sola existencia de varias acciones de tutela no genera, per se, que la presentación de la segunda acción pueda ser considerada como temeraria, toda vez que dicha situación puede estar fundada en la ignorancia del actor o el asesoramiento errado de los profesionales del derecho; o en el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho...”. Sentencia T-272/19

⁴ “... (i) Tener una pérdida de capacidad calificada con un porcentaje igual o superior al 50 % y (ii) haber cotizado 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral...”. Sentencia T-046/19

“...Como conclusión es posible anotar que, cuando se está en presencia de la desatención de una orden de tutela en el sentido de interrumpir la continuidad de un tratamiento médico ya ordenado judicialmente a una E.P.S, el juez que en primera instancia conoció del proceso mantendría la competencia para hacer cumplir a cabalidad la orden que profirió. La tesis contraria sería completamente irrazonable, es decir, si se impone la carga al ciudadano de interponer una nueva acción de tutela cada vez que la entidad a la cual se encuentra afiliado desatienda la obligación de continuidad en la prestación de los tratamientos ya iniciados, no sólo se comulgaría con la vulneración permanente de los derechos fundamentales ya tutelados, sino que se haría de la tutela un mecanismo meramente simbólico e incidental, librado para el cumplimiento de sus órdenes a la buena fe de las personas demandadas. Al respecto ha dicho la Corte: “El cumplimiento de las órdenes judiciales representa uno de los aspectos centrales del Estado social de derecho porque es el pronunciamiento de la autoridad competente que por medio de la aplicación de la Constitución y la Ley define la situación jurídica en una controversia. Del cumplimiento de los fallos depende la confianza, el respeto, la convivencia pacífica y el legítimo uso de la autoridad en una sociedad democrática. Por ello, la reglamentación de la acción de tutela tiene previsto un procedimiento para cuando los fallos tomados en uso de esa acción ciudadana los jueces puedan hacer efectivas las órdenes dadas para proteger de manera efectiva y eficaz los derechos fundamentales de las personas. Si tales mecanismos no existieran, las órdenes de los jueces podrían quedar como un mero pronunciamiento inútil, huero e ineficaz.”⁵

En ese sentido, con fundamento en los artículos 23 y 27 del decreto 2591 de 1991, es al mencionado operador jurídico a quien debe informarse, a través del incidente de desacato, la desatención de la orden de tutela, materializada en la interrupción de un tratamiento y en el correlativo quebrantamiento de principio de continuidad en la prestación de los servicios de salud. La segunda solicitud de tutela en la cual se presente el tríptico de identidades reseñados (pretensiones, partes y hechos), debe ser declarada improcedente”...⁶

Así las cosas, es claro que resulta abiertamente innecesario que el Despacho estudie si la acción de tutela es procedente para ordenar el reconocimiento y pago de las licencias generadas entre el 10 de enero al 9 de abril de 2023, en la medida que no es viable que se dé un doble pronunciamiento sobre un asunto ya debatido, máxime cuando existe una orden judicial que debe atenderse bajo la figura del incidente de desacato ante el mismo Juez que profirió el primer fallo de tutela, por lo que resulta incontestable que el amparo impulsado por la demandante, está contenido en la sentencia del 6 de noviembre de 2019 proferido por el JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y SIETE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley;

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR el amparo invocado por la señora MAYALI CAPERA MALAMBO contra E.P.S. FAMISANAR S.A.S. y ASEOS LA PERFECCIÓN S.A.S, por las razones expuestas en la parte considerativa de la sentencia.

⁵ T-190 de 2002.

⁶ Sentencia T-1198/03

SEGUNDO: SE ORDENA a la secretaría del Despacho remitir de manera inmediata el presente fallo de tutela y el escrito de tutela al JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍA para lo de su cargo.

TERCERO: EXHORTAR a la señora MAYALI CAPERA MALAMBO para que presente en correspondiente incidente de desacato ante JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍA, en atención a lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: COMUNICAR a las partes y a las entidades vinculadas la presente decisión por el medio más expedito.

QUINTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si esta decisión no es impugnada.

NOTIFÍQUESE,



MARLENNE ARANDA CASTILLO
JUEZ

Firmado Por:
Marlenne Aranda Castillo
Juez
Juzgado Municipal
Civil 57
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: 271cce92799002e7f1cb1d32b46bbd4483eff0959face28298149731cc5b92e

Documento generado en 12/04/2023 06:41:53 PM

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