REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

JUZGADO SEGUNDO 2º MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.

ACCIÓN DE TUTELA
RADICADO: 11001 41 05 002 2022 00790 00
ACCIONANTE: RUBY TIQUE ENCIZO
ACCIONADOS: FAMISANAR EPS

S E N T E N C I A

En Bogotá D.C., el nueve (09) de agosto de dos mil veintidós (2022) procede este Despacho judicial a decidir la Acción de Tutela instaurada por RUBY TIQUE ENCIZO en contra de FAMISANAR EPS, en los términos y para los fines concebidos en el escrito de solicitud de amparo constitucional.

ANTECEDENTES

RUBY TIQUE ENCIZO promovió acción de tutela en contra de FAMISANR EPS, para la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna, seguridad social y mínimo vital, presuntamente vulnerados por las accionadas, al abstenerse de reconocer y pagar las incapacidades comprendidas entre el veintitrés (23) de agosto de dos mil veinteno (2021) y el nueve de agosto de dos mil veintidós (2022) y no responder de fondo las peticiones elevadas los días once (11) de mayo y dieciséis (16) de junio de dos mil veintidós (2022).

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que el pasado once (11) de mayo de dos mil veintidós (2022) radicó de manera electrónica un derecho de petición dirigido a FAMISANAR EPS en el que solicitó el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas comprendidas entre el veintitrés (23) de agosto de dos mil veinteno (2021) y el nueve de agosto de dos mil veintidós (2022).

Así mismo, comentó que el dieciséis (16) de junio de dos mil veintidós (2022) radicó un segundo derecho de petición en el que reiteró la primera solicitud.

Manifestó que su médico tratante emitió diagnóstico de: *"SINDROME TUNEL DEL CARPO, FIBROMIALGIA, HIPOTIROIDISMO, NEURALGIA, NEURITIS…"* por lo que se han autorizado diferentes tratamientos, procedimientos, medicamentos y citas médicas especializadas.

Informó que la EPS accionada emitió dictamen de PCL en un 50.26% el cual fue apelado por SEGUROS DE VIDA ALFA SA según la comunicación No. 65706622-4677275 de fecha veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Declaró que la anterior situación y la renuencia de la accionada para pagar las mencionadas incapacidades vulnera de manera directa sus derechos fundamentales.

Finalmente, indicó que es madre cabeza de familia y que tiene a cargo dos hijas por lo que acude al presente trámite constitucional.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

BOGOTANA DE LIMPIEZA LIMITADA informó que la accionante ingresó a laborar el pasado cinco (05) de septiembre de dos mil once (2011) ocupando el cargo de aseadora y que en la actualidad se encuentra activa en un periodo de incapacidad que supera los 180 días.

Señaló que la trabajadora está activa en pago de primas, cesantías y vacaciones, pero manifestó que el pago por concepto de salario debe ser asumido por las entidades de la seguridad social.

Informó que realizó el pago de salarios hasta el día 180 de incapacidad por lo que debe ser decisión de la entidad responsable realizar el pago a partir del día 181 de incapacidad.

Afirmó que realizó un pago a la accionante el pasado diez (10) de mayo de dos mil veintidós (2022) correspondiente a un abono realizado por FAMISANAR EPS por concepto de las incapacidades comprendidas entre el veintitrés (23) de agosto de dos mil veintiuno (2021) y el veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintiuno (2021) por valor de $ 2.967.852.

ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS informó que la accionante presenta afiliación con la ARL desde el pasado cinco (05) de septiembre de dos mil once (2011) como trabajadora dependiente de la compañía BOGOTANA DE LIMPIEZA LIMITADA.

Mencionó que durante el periodo de cobertura a la accionante le fueron registrados los siniestros No. 95991019 del dieciséis (16) de octubre de dos mil once (2011) bajo el diagnóstico: S700 CONTUSIÓN SUPERFICIAL EN CADERA y el No. 101049112 del treinta y uno (31) de enero de dos mil doce (2012) bajo el diagnóstico de: S903 CONTUSIÓN SUPERFICIAL DEL PIÉ DERECHO.

Aclaró que no recibió de parte de la accionante peticiones para el cobro de prestaciones asistenciales o económicas. Así mismo, comentó que las incapacidades médicas han sido expedidas por profesionales de la EPS en la que se encuentra afiliada la accionante, motivo por el cual dicho pago no se encuentra en cabeza de la ARL.

Frente a los diagnósticos señaló que los anunciados en los certificados de incapacidad no guardan relación con los dos siniestros presentados.

Por lo anterior, solicitó al Despacho declarar improcedente la presente acción de tutela y en consecuencia pidió ser desvinculada del presente trámite constitucional.

FAMISANR EPS manifestó que se encuentra en el proceso de emisión de respuesta a las peticiones elevadas los días once (11) de mayo y dieciséis (16) de junio de dos mil veintidós (2022).

De otra parte, argumentó la improcedencia de la acción de tutela en contra de la EPS en atención a que su conducta se ha ajustado a la normatividad legal vigente.

Finalmente, solicitó al Despacho denegar la presente acción de tutela en contra de la EPS por carencia actual del objeto y declarar improcedente el mecanismo dada la inexistencia de la violación de un derecho fundamental.

Mediante escrito de alcance de tutela del tres (03) de agosto de dos mil veintidós (2022) señaló que dio respuesta a la petición elevada por la accionante por lo que se configura una carencia actual del objeto por hecho superado.

En definitiva, reiteró su solicitud para denegar la presente acción de tutela y declarar improcedente la misma.

SEGUROS DE VIDA ALFA SA guardó silencio respecto a la presente acción de tutela.

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA guardó silencio respecto a la presente acción de tutela.

PROBLEMA JURÍDICO

Dentro de la presente acción de tutela corresponde determinar si las accionadas han vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, al abstenerse de reconocer y pagar las incapacidades comprendidas entre el veintitrés (23) de agosto de dos mil veinteno (2021) y el nueve (09) de agosto de dos mil veintidós (2022). Así mismo, se verificará si existe o no una vulneración del derecho fundamental de petición respecto de las solicitudes elevadas los días once (11) de mayo y dieciséis (16) de junio de dos mil veintidós (2022).

CONSIDERACIONES

De la acción de tutela

Conforme al Artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando estos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona que se encuentre en estado de subordinación o indefensión, a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

Del pago de incapacidades por parte de la EPS y la AFP

El artículo 206 de la Ley 100 de 1993 establece: "*para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes*", acorde con dicha disposición, es la EPS la encargada de cubrir las prestaciones económicas procedentes de incapacidad médica, cuando la misma sea generada con ocasión a una enfermedad de origen común.

Ahora, de conformidad con el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, las EPS deben cubrir hasta ciento ochenta (180) días de incapacidades.

A su vez, los incisos 5° y 6° del artículo 142 del Decreto Ley 0019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, a su vez modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, dispone:

> *"(…) 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.*
>
> *(…)"*

De conformidad con lo expuesto previamente, el pago del auxilio de incapacidad a favor de los afiliados cotizantes estará a cargo de la Entidad Promotora de Salud por los primeros 180 días, quien a su vez tiene la obligación de emitir concepto de rehabilitación antes del día 120 y enviarlo a la AFP antes de que se cumpla el día 150 de incapacidades ininterrumpidas. Así las cosas, cuando exista concepto favorable de rehabilitación, le corresponderán a la Administradora de Fondos de Pensiones – AFP el pago de las incapacidades que se generen a partir del día 181 y hasta por un término máximo de 360 días calendario.

Frente al tema analizado, la Corte Constitucional en la sentencia T-401 de 2017, recordó las reglas generales para el reconocimiento de incapacidades así:

> *"(i) Los primeros dos días de incapacidad el empleador deberá asumir el pago del auxilio correspondiente.*
>
> *(ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las EPS.*

> *(iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las AFP,* ***sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.***
>
> *(iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.*
>
> *De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente."*

En este mismo orden de ideas, se puntualizó en la sentencia a que se ha hecho referencia, que en los casos donde superados los 180 días sin emitir concepto de rehabilitación por parte de la EPS, el pago de las incapacidades seguirá siendo asumido por la EPS hasta tanto emita dicho concepto. De igual forma, aclaró que en reiteradas posturas ha sido indicado por el máximo Órgano Constitucional que no importa que el concepto de rehabilitación sea desfavorable, dichos pagos de incapacidades deben ser asumidos por la AFP. Al respecto señaló:

> *"Respecto del concepto favorable de rehabilitación conviene destacar que, conforme al Decreto Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal. Luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150 a la AFP que corresponda. No obstante, en los eventos en que no se cumpla con tales plazos, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.*
>
> ***Es necesario enfatizar en que el concepto favorable o desfavorable de recuperación, es una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral. Este asegura que el proceso de calificación de la disminución ocupacional se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador.***
>
> *(…)*
> *Al respecto, cabe indicar que la norma legal referida no prevé expresamente la entidad que tiene a cargo los subsidios de incapacidad posteriores al día 180 cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación. Pese a ello, la jurisprudencia constitucional ha indicado que una de las entidades del SGSS debe asumir el subsidio de incapacidad en estos casos pues la indeterminación legal no es una carga que deba ser soportada por el afiliado quien, por demás, se encuentra en situación de vulnerabilidad debido a sus condiciones de salud. Además, ello desconocería la igualdad en relación con los trabajadores afectados por enfermedades de origen laboral.*
>
> *Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia* ***T-920 de 2009*** *que* ***las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable***

> ***de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones*** *hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%. Dicha regla ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones."*

Subsidiariedad de la acción de tutela

La acción de tutela es de carácter subsidiario, por cuanto debe verificarse que el afectado no cuente con otro mecanismo judicial para la protección de sus derechos fundamentales. Sin embargo, esta regla cuenta con una excepción, según la cual la tutela es procedente como mecanismo transitorio cuando se advierta la existencia de un perjuicio irremediable.

En torno a esta figura, la Corte Constitucional ha indicado que para que exista un perjuicio irremediable es preciso que el mismo sea cierto, inminente, grave y de urgente atención. Tal como dispuso en sentencia T-583 de 20101:

> *"la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados".*

Por ello, si el accionante se abstiene de evidenciar la ocurrencia del perjuicio irremediable según las reglas anotadas, la acción se tornará improcedente. Así entonces, la prueba de tal circunstancia es un requisito fundamental para la prosperidad de la acción de tutela, motivo por el cual, no es suficiente la afirmación de que su derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable; es necesario, que el petente explique en que consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al Juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión, de lo contrario, el problema sólo podrá resolverse por la vía ordinaria.

Existencia de otro mecanismo de defensa judicial.

El artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, establece las causales de improcedencia de la acción constitucional así:

> *"ARTICULO 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:*
>
> *1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.*
> *2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.*

> *3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.*
> *4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.*
> *5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto."*

Del derecho de petición

El artículo 23 de la Constitución Política consagra que "*toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución*".

Por su parte la Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición, dispuso en su art. 1° que el ejercicio de dicho derecho es gratuito y puede ejercerse sin necesidad de apoderado. Adicionalmente se previó que el término para resolver las distintas modalidades de petición, salvo norma legal especial, será de quince (15) días siguientes a su recepción.

Frente al derecho fundamental de petición, la Corte Constitucional1 se ha pronunciado indicando:

> *"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 adscriben tres posiciones3: "(i) la posibilidad de formular la petición, (ii) la respuesta de fondo y (iii) la resolución dentro del término legal y la consecuente notificación de la respuesta al peticionario"4.*

En consonancia con lo anterior, en sentencia C- 007 de 2017, la Corte Constitucional reiteró:

> *"(…) el derecho de petición es fundamental y tiene aplicación inmediata, sus titulares pueden ser personas mayores o menores de edad, nacionales o extranjeros, y a través de éste se puede acudir ante las autoridades públicas o ante particulares. Así mismo, el derecho de petición tiene un carácter instrumental en tanto* ***a través de éste se busca garantizar la efectividad de otros derechos constitucionales****, como los de información, participación política, libertad de expresión, salud y seguridad social, entre otros.*
> *Así mismo, la Corte ha señalado que su* ***núcleo esencial*** *reside en una resolución pronta y oportuna de la cuestión que se pide, una respuesta de fondo y su notificación, lo anterior no necesariamente implica una respuesta afirmativa a la solicitud. Así pues, se entiende que este derecho está protegido y garantizado cuando se obtiene una contestación oportuna, de fondo, clara, precisa, congruente y la misma es puesta en conocimiento del peticionario. El incumplimiento de cualquiera de estas características envuelve su vulneración por parte de la autoridad o del particular."*

DEL CASO EN CONCRETO

La accionante interpuso acción de tutela en contra de FAMISANR EPS, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al obtenerse de reconocer y pagar las incapacidades comprendidas entre el veintitrés (23) de agosto de dos mil veinteno (2021) y el nueve (09) de agosto de dos mil veintidós (2022). Así mismo, solicitó la protección de su derecho fundamental de petición por las peticiones elevadas los días once (11) de mayo y dieciséis (16) de junio de dos mil veintidós (2022).

Frente al pago de incapacidades superiores al día 540.

Al respecto, cabe aclarar que en principio si bien pudiera entenderse que frente a la solicitud de pago de incapacidades generadas desde el veintitrés (23) de agosto de dos mil veinteno (2021) no se ha cumplido con el requisito de inmediatez de la acción de tutela, se debe tener en cuenta que a folios 63 a 66 del PDF 001 la accionante acreditó desplegar cierta actividad entre los meses de mayo y junio de dos mil veintidós (2022) para obtener el pago de las referidas incapacidades, situación que permite a este Despacho concluir que se ha cumplido con el requisito de inmediatez aunado a la vulneración en el tiempo al derecho fundamental del mínimo vital que ha manifestado la accionante frente al no pago de esta prestación económica.

Así las cosas, dentro de la documental aportada con la acción de tutela, se encuentra que la EPS expidió certificado de incapacidades el pasado dos (02) de agosto de dos mil veintidós (2022) el cual se encuentra visible a folios 09 a 15 del PDF 008 del expediente digital, por lo que se tendrá en cuenta dicha documental a efectos de determinar las incapacidades generadas a la accionante.

Conforme a lo anterior, verificado el certificado en cuestión es claro que la accionante cuenta con incapacidades continuas superiores al día 540 a partir del primero (01) de enero de dos mil dieciocho (2018) conforme a la incapacidad No. 0005893618 de la casilla No. 72 del referido certificado.

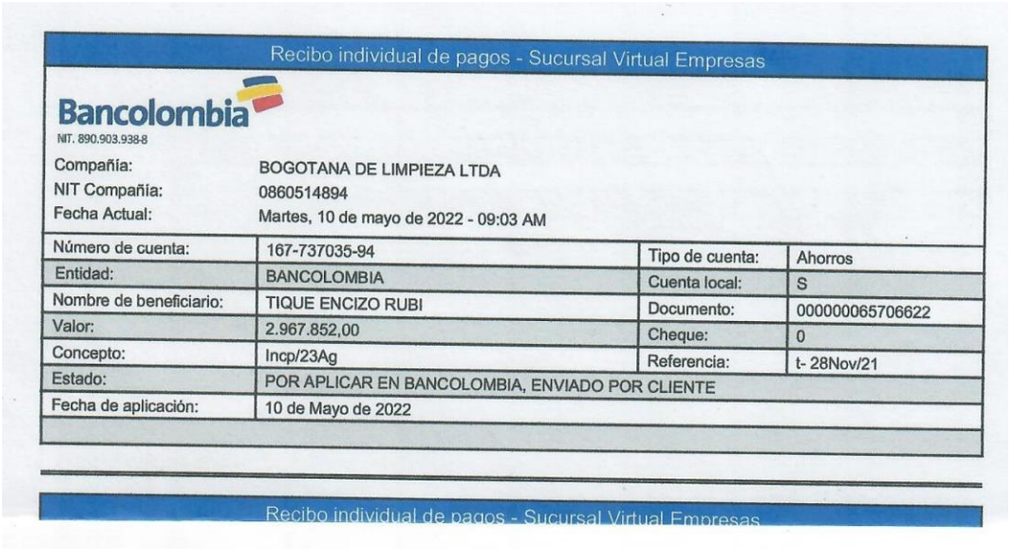
En ese sentido se encuentra que el pago de las incapacidades médicas solicitadas en esta acción de tutela que son superiores al día 540 se han generado de la siguiente manera:

No de Incapacidad	Fecha de inicio	Fecha fin	No. de días	Estado
0008301918	23/08/2021	21/09/2021	30	Pagada
0008364205	22/09/2021	29/09/2021	8	Pagada
0008393371	30/09/2021	29/10/2021	30	Pagada
0008440240	30/10/2021	28/11/2021	30	Pagada
0008502753	29/11/2021	28/12/2021	30	Radicada
0008563748	29/12/2021	27/01/2022	30	Radicada
0008627414	28/01/2022	25/02/2022	29	Radicada
0008656448	26/02/2022	07/03/2022	10	Radicada
0008666782	08/03/2022	06/04/2022	30	Radicada
0008872440	07/04/2022	21/04/2022	15	Radicada
0008938520	16/05/2022	14/06/2022	10	Radicada
0008941203	15/06/2022	10/07/2022	26	Radicada
0000272724	11/07/2022	09/08/2022	30	

En razón a lo anterior, en primera medida se observa que si bien en el certificado de incapacidades no se encuentra enunciada la incapacidad comprendida entre el once (11) de julio y el nueve (09) de agosto de dos mil veintidós (2022), lo cierto es que conforme a la documental incorporada por la accionante específicamente a folio 35 del PDF 001 se observa que Colsubsidio emitió la referida incapacidad bajo el consecutivo No. 0000272724, por lo que esta será tenida en cuenta a efectos de disponer o no una orden de pago.

Ahora bien, en segundo lugar advierte este Despacho que el certificado emitido por la EPS denota que las incapacidades comprendidas entre el veintitrés (23) de agosto y el veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintiuno (2021) se encuentran estado de pagadas.

Frente a este punto, en atención a la contestación emitida por la empresa empleadora BOGOTANA DE LIMPIEZA LIMITADA se encuentra que a la accionante le fueron reconocidas y pagadas las incapacidades referidas, esto es, del veintitrés (23) de agosto al veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintiuno (2021) en una cuantía de $ 2.967.852 tal y como se desprende del soporte de transacción y el comprobante de nomina allegado por la empresa:



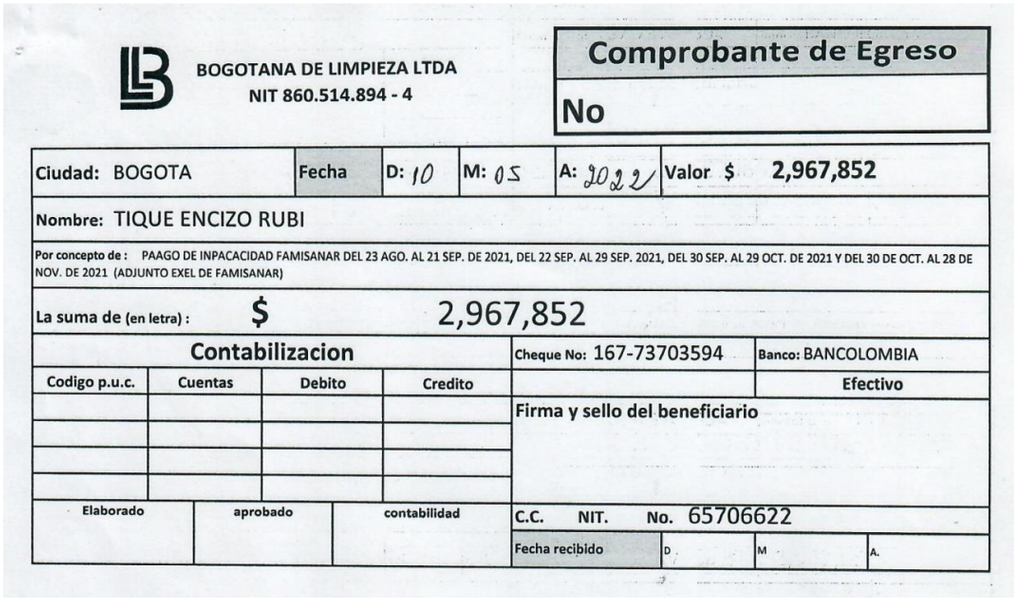
Recibo individual de pagos - Sucursal Virtual Empresas

Bancolombia
NIT. 890.903.938-8

Compañía:	BOGOTANA DE LIMPIEZA LTDA
NIT Compañía:	0860514894
Fecha Actual:	Martes, 10 de mayo de 2022 - 09:03 AM

Número de cuenta:	167-737035-94	Tipo de cuenta:	Ahorros
Entidad:	BANCOLOMBIA	Cuenta local:	S
Nombre de beneficiario:	TIQUE ENCIZO RUBI	Documento:	000000065706622
Valor:	2.967.852,00	Cheque:	0
Concepto:	Incp/23Ag	Referencia:	t- 28Nov/21
Estado:	POR APLICAR EN BANCOLOMBIA, ENVIADO POR CLIENTE		
Fecha de aplicación:	10 de Mayo de 2022		

Recibo individual de pagos - Sucursal Virtual Empresas



BOGOTANA DE LIMPIEZA LTDA
NIT 860.514.894 - 4

Comprobante de Egreso
No

Ciudad: BOGOTA	Fecha	D: 10	M: 05	A: 2022	Valor $ 2,967,852

Nombre: TIQUE ENCIZO RUBI

Por concepto de : PAAGO DE INPACACIDAD FAMISANAR DEL 23 AGO. AL 21 SEP. DE 2021, DEL 22 SEP. AL 29 SEP. 2021, DEL 30 SEP. AL 29 OCT. DE 2021 Y DEL 30 DE OCT. AL 28 DE NOV. DE 2021 (ADJUNTO EXEL DE FAMISANAR)

La suma de (en letra) : $ 2,967,852

Contabilizacion

Codigo p.u.c.	Cuentas	Debito	Credito

Cheque No: 167-73703594 | Banco: BANCOLOMBIA | Efectivo

Firma y sello del beneficiario

Elaborado	aprobado	contabilidad

C.C. NIT. No. 65706622

Fecha recibido | D | M | A.

Conforme a lo expuesto hasta aquí, se concluye que a la accionante no le han cancelado las incapacidades comprendidas entre el veintinueve (29) de noviembre de dos mil veintiuno (2021) y el nueve (09) de agosto de dos mil veintidós (2022).

De esta manera, y si bien en su escrito de contestación la EPS no refirió argumento alguno referente al pago de las anteriores incapacidades, lo cierto es que conforme a la respuesta al derecho de petición manifestó a la accionante su negativa en el reconocimiento de incapacidades posteriores al veintinueve (29) de noviembre de dos mil veintiuno (2021) en razón a que en la actualidad la trabajadora cuenta con una calificación de pérdida de capacidad laboral emitida el veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022) correspondiente a un 50.26%, por lo que en su consideración deberá ser la AFP quien deba reconocer el pago de mesadas pensionales a partir de la fecha de estructuración con el fin de no generar un pago simultaneo correspondiente a la misma prestación económica.

De este marco, se debe recordar que en sentencia T-008 de 2018 M.P. Alberto Rojas Ríos, se indicó lo siguiente:

> *"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."***

Bajo ese tenor, en el caso concreto se observa que la accionante cuenta con una PCL del 50.26% y una fecha de estructuración dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintiuno (2021) según el dictamen emitido por la EPS y que obra a folios 13 a 20 del PDF 001; a pesar de ello, en la actualidad no se evidencia que a la actora se le haya reconocido pensión de invalidez por parte del Fondo de Pensiones.

Al respecto, se debe tener en cuenta que si bien la accionante fue calificada con una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, ello no implica que automáticamente tenga derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez, como quiera que se deben verificar los requisitos restantes a efectos de establecer si a la señora TIQUE es beneficiaria de dicha prestación pensional.

Aunado a que, de acuerdo con las pruebas allegadas al plenario, no se encuentra acreditado que FAMISANAR EPS si quiera comunicara el referido dictamen a la AFP.

En ese sentido, es claro que no le asiste razón a la EPS en suspender el pago de las incapacidades médicas generadas bajo tal argumento, como quiera que en atención al criterio jurisprudencial dicha situación vulnera los derechos fundamentales de la accionante.

En razón a lo expuesto, se dispondrá el amparo del referido derecho y se ordenará a la FAMISANAR EPS, a través de su representante legal, el señor SANTIAGO EUGENIO BARRAGÁN FONSECA o quien haga sus veces, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, proceda a pagar a favor de la accionante las incapacidades comprendidas entre el veintinueve (29) de noviembre de dos mil veintiuno (2021) y el nueve (09) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Frente a la solicitud para conminar a la accionada frente a esta situación, advierte este Despacho que dicha solicitud corresponde a una petición sobre un hecho futuro e incierto, por lo tanto, la misma no procede, en la medida que el juez de tutela no tiene la potestad de inferir la existencia de una futura vulneración.

Así las cosas, se negará esta solicitud conforme a lo expuesto.

Del derecho de petición.

Una vez revisadas las documentales aportadas con la presente acción constitucional, se evidencia que obra a folios 63 a 64 del PDF 001 escrito de petición con fecha del once (11) de mayo de dos mil veintidós (2022) bajo el radicado terminado en 107783. Así mismo, obra a folios 65 y 66 del PDF 001 soporte de la radicación de una nueva petición de reiteración del dieciséis (16) de junio de dos mil veintidós (2022) a la cual fue asignada el radicado No. 5010-2022-E-149238.

De esta forma, se encuentra que la parte accionante no acreditó la radicación de la petición de fecha once (11) de mayo de dos mil veintidós (2022), por lo que únicamente se tendrá en cuenta la presentada el dieciséis (16) de junio de dos mil veintidós (2022) de la que se observa una reiteración de la petición anterior.

En ese sentido, encuentra este Juzgado que al ser radicada la solicitud el dieciséis (16) de junio de dos mil veintidós (2022), tenía la accionada hasta el doce (12) de julio de dos mil veintidós (2022), para dar una respuesta de fondo, clara y precisa al accionante pues cómo se indicó en precedencia la accionada contaba con el término de 15 días, lo anterior teniendo en cuenta que para la fecha de radicación de la petición ya se había expedido la Ley 2207 del diecisiete (17) de mayo de dos mil veintidós (2022) que derogó el artículo 5° del Decreto Legislativo 491 de 2020,

debiendo tenerse en cuenta que dicha Ley rige a partir del día siguiente a la su promulgación.

De esta manera, se observa que la accionada emitió respuesta a la petición el pasado dos (02) de agosto de dos mil veintidós (2022), en los siguientes términos:

Solicitud	**Respuesta**
"(…) mi hogar depende de mi no tengo la ayuda de nadie, espero me resuelvan mis pagos y me resuelvan mi situación lo más pronto posible. *Ustedes han fallado con mis pagos a tiempo, por ende ustedes deben pagar un retroactivo por la demora de los pago. "*	*"En respuesta a su comunicación radicada en nuestra oficina, de acuerdo a su información y solicitud de pago de incapacidades con acumulado superior a 540 días emitidas a su nombre que se encuentran sin reconocimiento de la siguiente manera:* *Tabla 1 folio 6 pdf 008* *Al respecto le informamos que una vez analizados los argumentos expuestos en su oficio y verificada la información que reposa en nuestra Base de Datos, la Dirección de Operaciones Comerciales se permite informar, en cuanto al reconocimiento económico por incapacidades que superan los 540 días que teniendo en cuenta la calificación de pérdida de capacidad laboral de la usuaria emitida por Famisanar EPS el día 27/05/2022 corresponde al 50.26%, la usuaria aplica para tramite por pensión de invalidez por parte del fondo de pensiones quien debe reconocer las incapacidades anteriormente mencionadas.* *El Decreto 1507 de 2014, el cual contiene las especificaciones técnicas que deberán seguir las autoridades médico laborales encargadas de realizar la calificación tanto de la pérdida de capacidad laboral como ocupacional.* *En el artículo 3 de dicha norma, se estableció que la fecha de estructuración del estado de invalidez, deberá coincidir con el momento en que la persona alcanza el 50% de disminución de capacidad laboral, así:* *"Artículo 3. Definiciones. Para efectos de la aplicación del Presente decreto, se adoptan las siguientes definiciones: Página 6 de 8 (…) Fecha de estructuración: Se entiende como la fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos. Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional. Esta fecha debe soportarse en la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica y puede ser anterior o corresponder a la fecha de la declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Para aquellos casos en los cuales no exista historia clínica, se debe apoyar en la*

	historia natural de la enfermedad. En todo caso, esta fecha debe estar argumentada por el calificador y consignada en la calificación. Además, no puede estar sujeta a que el solicitante haya estado laborando y cotizando al Sistema de Seguridad Social Integral."(negrita fuera de texto) *De acuerdo a lo anterior, la fecha de estructuración determina la época en la cual el trabajador perdió su capacidad laboral, por lo tanto, la pensión de invalidez deberá ser reconocida por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones, desde la fecha de estructuración de la enfermedad. En concordancia, la Corte Constitucional en Sentencia T-681 de 2017, respecto a la calificación de invalidez se pronuncia en los siguientes términos:* *(…) "De conformidad con lo establecido en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 019 del 10 de enero de 2012, el estado de invalidez "será determinado con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación 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, a 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-, en una primera oportunidad, definir la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. La determinación de que trata el anterior aparte, respecto a la pérdida de capacidad laboral, se determina con base en la evolución de las secuelas que ha dejado la enfermedad, y la fecha de estructuración de la invalidez, cuya definición es de particular importancia, por cuanto precisa el momento en el cual se consolida el derecho a exigir el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, de acuerdo a la normatividad vigente Ahora bien, puede ocurrir que la disminución de la capacidad laboral se ocasione por una enfermedad o un accidente común que afecta de manera inmediata las capacidades productivas de una persona. En tal caso, la fecha de estructuración de la invalidez coincide con la fecha de la ocurrencia del hecho, lo cual no genera ningún problema cuando se trata de determinar el cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión de invalidez. Pero cuando se padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, puede diferir la Página 7 de 8 fecha en la que se pierde la aptitud para trabajar de la fecha en que comenzó la enfermedad u ocurrió el accidente que causó esta mengua."(…) Debe tenerse en*

	cuenta, los recursos del Sistema de Seguridad Social son rentas parafiscales, ya que, hacen referencia a contribuciones que tienen como sujeto pasivo un sector específico de la población y se destinan para su beneficio, y conforme al principio de solidaridad, dicho en otras palabras constituyen un instrumento para la generación de ingresos públicos, representadas en forma de gravamen que se establece con carácter impositivo por la ley para afectar a un determinado y único grupo social o económico, por lo tanto deberá utilizarse para el beneficio de estos. Así mismo, La Corte Constitucional mediante sentencia C-711 de 2001 en la cual estudia la naturaleza de los aportes al sistema de seguridad social, concluyó que independientemente de la denominación que se les dé, estos constituyen contribuciones parafiscales, señalando de entre otros argumentos que: (…)"Poniendo en un extremo los elementos que anuncian la parafiscalidad, y en el otro los aportes para salud y pensiones, se tiene: 1) los mencionados aportes son de observancia obligatoria para empleadores y empleados, teniendo al efecto el Estado poder coercitivo para garantizar su cumplimiento; 2) dichos aportes afectan, en cuanto sujetos pasivos, a empleados y empleadores, que a su turno conforman un específico grupo socioeconómico; 3) el monto de los citados aportes se revierte en beneficio exclusivo del sector integrado por empleadores y empleados. Consecuentemente ha de reconocerse que los aportes a salud y pensiones son de naturaleza parafiscal."(…) Igualmente, en sentencia C-155 de 2004 señaló: (…)"Esta Corporación de manera reiterada ha precisado en efecto que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en Salud como en pensiones, llámense cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y pensiones y que, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global bien del Sistema General de Seguridad Social en Salud, bien del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones."(…) En el mismo sentido se puede interpretar el contenido del artículo 128 de la Constitución Política de Colombia, en el cual se indica que nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. De manera análoga el parágrafo segundo del artículo 10 de la Ley 776 de 2002 indica: (…)"PARÁGRAFO 2o. No hay lugar al cobro simultáneo de las prestaciones por incapacidad temporal y pensión de invalidez.

	Como tampoco lo habrá para pensiones otorgadas por los regímenes común y profesional originados en el mismo evento. Página 8 de 8 El trabajador o quien infrinja lo aquí previsto será investigado y sancionado de acuerdo con lo dispuesto en las leyes vigentes, sin perjuicio de las restituciones a que haya lugar por lo cobrado y obtenido indebidamente." (negrita fuera de texto). *Por lo que se puede concluir que, un afiliado no podrá recibir simultáneamente el pago de incapacidades laborales y de mesadas pensiónales con ocasión al pago de una misma cotización.* *En virtud de lo citado anteriormente, las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), deberán reconocer el pago de las mesadas pensiónales a partir de la fecha de estructuración de la enfermedad de acuerdo al dictamen de calificación de invalidez, por lo tanto, el cotizante no podrá recibir doble pago por incapacidades y pensiones ya que se estaría trasgrediendo una norma de carácter constitucional. (negrilla fuera de texto).* *Es decir que una vez se establezca la resolución de pensión por el Fondo esa entidad le informara el respectivo retroactivo al que dé lugar teniendo en cuenta el dictamen de invalidez de la usuaria."*

En virtud de dicha respuesta, concluye el Despacho que esta fue de fondo y atendió a lo pedido, recordando que el núcleo esencial del derecho de petición es recibir una respuesta con independencia que esta sea positiva o negativa.

De acuerdo con lo expuesto, se pone de presente a la accionante que de conformidad a lo indicado por la Corte Constitucional en la jurisprudencia a que se ha hecho referencia, cuando se hace uso del derecho de petición, se debe dar contestación a la misma en un tiempo razonable y dicha respuesta debe ser clara y efectiva respecto de lo pedido, de tal manera que permita al peticionario conocer la situación real de lo solicitado. **Lo anterior con independencia que la respuesta sea positiva o negativa, lo que se resalta es que la respuesta debe ser completa y que se haga una notificación efectiva de dicha respuesta.**

No obstante lo anterior, se observa que si bien la accionada emitió una respuesta a la petición, lo cierto es no acreditó su comunicación a la accionante.

En ese sentido, la Corte Constitucional en sentencia T- 044 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado sostuvo que parte del núcleo básico del derecho de petición, no solo es dar respuesta de forma, pronta, de fondo y congruente, sino que, la respuesta debe ser puesta en conocimiento a la parte interesada en la información, surtiéndose el trámite de notificación, indicando que "(…) No basta con la emisión de la respuesta, **sino que la misma debe ser puesta en conocimiento del interesado y, ante el juez de tutela**. Ello debe ser acreditado."

Por lo que se dispondrá el amparo del referido derecho y se ordenará a la accionada FAMISANAR EPS, a través de su representante legal, el señor SANTIAGO EUGENIO BARRAGÁN FONSECA o quien haga sus veces, para que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, notifique la respuesta emitida el dos (02) de agosto de dos mil veintidós (2022) en forma efectiva a la accionante.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO 2º MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de la demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se **ORDENA** a FAMISANAR EPS, a través de su representante legal, el señor SANTIAGO EUGENIO BARRAGÁN FONSECA o quien haga sus veces, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, proceda a pagar a favor de la accionante las incapacidades comprendidas entre el veintinueve (29) de noviembre de dos mil veintiuno (2021) y el nueve (09) de agosto de dos mil veintidós (2022).

TERCERO: se **ORDENA** a FAMISANAR EPS, a través de su representante legal, el señor SANTIAGO EUGENIO BARRAGÁN FONSECA o quien haga sus veces, para que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, notifique la respuesta emitida el dos (02) de agosto de dos mil veintidós (2022) en forma efectiva a la accionante.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones realizadas por la parte actora, conforme a lo motivado.

QUINTO: ADVERTIR que teniendo en cuenta el Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica que se está viviendo en el territorio nacional (Decreto 417 de 17 de marzo de 2020), acompasado con los Acuerdos PCSJA20-11518 y PCSJA20-11519, en caso de presentarse impugnación contra la presente sentencia, deberá ser remitida únicamente al corre electrónico J02LPCBTA@CENDOJ.RAMAJUDICIAL.GOV.CO, EN UN HORARIO DE ATENCIÓN DE 8:00 A.M. A 01:00 **P.M. Y DE 02:00 P.M. A 05:00 P.M**.

SEXTO: En caso de que la presente sentencia no sea impugnada, por secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión.

SÉPTIMO: Publicar esta decisión en la página de la Rama Judicial e informar a las partes la forma de consultarlo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:
Paula Carolina Cuadros Cepeda
Juez Municipal
Juzgado Pequeñas Causas
Laborales 2
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: **d5f8db8850bb2492bbc5cff7be9f1f1434ee8fb4b48ee1a1761e182d47783df9**
Documento generado en 09/08/2022 04:26:32 PM

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