

**JUZGADO ONCE MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES
DE BOGOTÁ D.C.**



ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001 41 05 011 2020 00162 00
ACCIONANTE: MARIA LUZ MARINA MARTINEZ PEÑA
DEMANDADO: FAMISANAR EPS, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.

S E N T E N C I A

En Bogotá D.C., a los doce (12) días del mes de mayo de dos mil veinte (2020) y vencido el término legal concedido a la accionada para contestar, procede este Despacho judicial a decidir la Acción de Tutela instaurada por **MARIA LUZ MARINA MARTINEZ PEÑA** contra **FAMISANAR EPS, la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.**, en los términos y para los fines concebidos en el escrito de solicitud de amparo constitucional obrante a folios 2 a 13 del presente expediente de tutela.

ANTECEDENTES

MARIA LUZ MARINA MARTINEZ PEÑA, quien actúa en nombre propio, promovió acción de tutela en contra de **FAMISANAR EPS, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.**, con la finalidad de que se protejan sus derechos fundamentales de petición, vida digna, mínimo vital y seguridad social. En consecuencia, solicita:

"(...)

SEGUNDO: Ordenar a **EPS FAMISANAR S.A.S.** a emitir la respuesta de fondo a mi solicitud

presentada el 3 de febrero de 2020 de manera inmediata.

TERCERO: Que el señor Juez le ordene a la entidad que por ley corresponda de las accionadas al inmediato reconocimiento y pago de las incapacidades medicas adeudadas correspondientes al periodo:

a. del 24 de julio de 2019 hasta 22 de agosto de 2019.

b. del 23 de agosto de 2019 hasta 21 de septiembre de 2019.

c. del 22 de octubre de 2019 hasta 20 de noviembre de 2019.

d. del 21 de noviembre de 2019 hasta 20 de diciembre de 2019.

e. del 21 de diciembre de 2019 hasta 19 de enero de 2020.

f. del 20 de enero de 2020 hasta 18 de febrero de 2020.

CUARTO: Así mismo, se ordene a la entidad que por ley corresponda, el reconocimiento y pago de las incapacidades que en el futuro se causen dado mi actual estado de salud"

Como fundamento de la solicitud de amparo constitucional, señaló que el 5 de enero de 2018, sufrió una caída en su puesto de trabajo como operaria de servicios generales, el 7 de enero de 2018 se le practicó una cirugía por fractura de la epífisis superior del hombro derecho, momento a partir del cual se le otorgaron diversas incapacidades a cargo de la **ARL SEGUROS BOLÍVAR**, el 5 de abril de 2019 su

médico tratante dispuso el retiro del material de osteosíntesis, lo cual fue realizado el 31 de Mayo de la misma anualidad.

El 24 de Julio de 2019 se le practicó en la Clínica Asociación de Amigos Contra el Cáncer Proseguir, por autorización y a cargo de la **EPS FAMISANAR**, una cirugía reconstructiva múltiple por fractura de la epífisis inferior del radio, a partir de la cual, se le recomendó la realización de sesiones de fisioterapia casera para movilidad de dedos y se le otorgaron una serie de incapacidades bajo el "(...) *diagnostico M199, Artrosis no especificada*". El 4 de septiembre de 2019, se le practicó una cirugía de Histerectomía total por laparotomía, por el diagnostico de tumor maligno del endocérvix en la Clínica Proseguir, a cargo de la **EPS FAMISANAR**, a la fecha continúa incapacitada y en fisioterapia por el diagnóstico M199.

Finalmente, indica que cuenta con mas de 180 días de incapacidades médicas a su favor, solicitó ante **COLFONDOS S.A.** información para tramitar el pago de incapacidades medicas a partir del día 181, entidad que la oriento respecto de la documental requerida. Así mismo, el 3 de febrero de la presente anualidad, solicitó ante la **EPS FAMISANAR:**

- "a) Expedir certificado o constancia de pago de incapacidades medicas hasta el día 180 por parte de EPS FAMISANAR S.A.S.*
- b) Expedir historia clínica.*
- c) Expedir los documentos solicitados por COLFONDOS S.A. para el pago de incapacidades medicas a partir del día 181.*
- d) Expedir constancia de envío a COLFONDOS S.A. de los documentos requeridos.*
- e) Transcribir las incapacidades medicas correspondientes a:*
 - a. del 24 de julio de 2019 hasta 22 de agosto de 2019.*
 - b. del 23 de agosto de 2019 hasta 21 de septiembre de 2019.*
 - c. del 22 de octubre de 2019 hasta 20 de noviembre de 2019.*
 - d. del 21 de noviembre de 2019 hasta 20 de diciembre de 2019.*
 - e. del 21 de diciembre de 2019 hasta 19 de enero de 2020.*
 - f. del 20 de enero de 2020 hasta 18 de febrero de 2020"*

No obstante, la EPS a la fecha no ha emitido pronunciamiento alguno, situación que vulnera sus derechos fundamentales

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Notificadas en debida forma, y corrido el traslado correspondiente, las accionadas procedieron a dar contestación a la presente acción de la siguiente manera:

- **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A. (fl. 14 a 36)**, señaló que la ARL Seguros Bolívar determinó origen laboral de los padecimientos de la señora Martínez, en atención a que tal como ella lo expone, devienen de un accidente laboral; razón por la cual, solicita al Despacho "(...) *Ordenar a la ARL BOLIVAR, el reconocimiento de incapacidades de origen laboral, en todo tiempo*" y subsidiariamente ordenar a la *Compañía De Seguros Bolívar S.A., realizar pago de subsidio de incapacidad temporal con cargo a la póliza previsional*", y se declare

Conforme a lo anterior y con la finalidad de evitar una futura nulidad, el Despacho ordeno vincular mediante proveído de fecha **veintinueve (29) de abril de dos mil veinte (2020)**, a la presente acción a la **COMPAÑIA DE SEGUROS BOLIVAR**.

- **COMPAÑIA DE SEGUROS BOLIVAR (fl. 37 a 135)**, indicó que actúa en calidad de aseguradora con la cual **COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS** tiene suscrito el seguro previsional cuyo principal cobertura es el pago de la suma adicional para financiar la pensión de invalidez y sobrevivencia, así como el pago del subsidio por incapacidad de origen común de los afiliados que se generen después del día 181, previo cumplimiento de los requisitos establecidos para el efecto. Aduce falta de legitimación en la causa por pasiva, como quiera que las pretensiones de la accionante van encaminadas a que se realice el pago del subsidio por incapacidades, desconociendo la aseguradora por completo los hechos y las pretensiones que se mencionan en el escrito de tutela, como quiera que no se ha recibido reclamación alguna por subsidio de incapacidad.
- **FAMISANAR EPS (fl. 136 a 151)**, respecto a la contestación del derecho de petición presentada el 3 de febrero, señala que se remitió el caso al área encargada quienes informan que el 16 de marzo de la presente anualidad, la petición fue debidamente contestada por parte del área de prestaciones económicas; la cual fue remitida al correo electrónico luzmarian3204084259@gmail.com, la activa cuenta con 339 días de incapacidad del **04/06/2017 al 17/04/2020**, cuenta con incapacidad continua del **24/07/2019 al 17/04/2020** para un total de **269 días**, de los cuales **cumplió 180 días el 19/01/2020**.

Así mismo, indicó que las incapacidades del **24/07/2019 al 19/01/2020**, se encuentran contabilizadas, liquidadas y en proceso de pago el cual se realizará el 7 de mayo de la presente anualidad, información que el Despacho puede evidenciar en el Certificado de incapacidades adjunta al memorial.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la auditoría realizada por el área encargada informó:

"18/07/2019 DICTAMEN DE PCL Y ORIGEN POR ARL BOLIVAR CON S422 Fractura de la epífisis superior del humero derecho Accidente laboral con 14.70 que relaciona trauma " TRAUMA DE HOMBRO DERECHO EL 5 DE ENERO DE 2018 CON MAQUINA. MANEJO INICIAL EN CLINICA DE OCCIDENTE, CIRUGIA DE HOMBRO 7 DE ENERO DE 2018. CONTROL EN CENTRO MEDICO LIFE POR ORTOPEdia DE HOMBRO en revisión de historias clínicas asociado a diagnostico M199 se encuentra patología que se asocia con muñeca , artrodesis de muñeca derecha. según historia del 14/04/2020 encontrada en aplicativo salud. y historia Fecha: 07/05/2019 Hora: 09:24 Tipo Documento F: CC Historia: 51663788 Nombre: MARIA LUZ MARTINEZ PEÑA Fecha Nacimiento F: 19/04/1962 Edad: 57 Años Sexo: Femenino Natural de: BOGOTÁ D.C. Estado Civil: Soltero Teléfono: 3204084257// Dirección: CL 41 C BIS SUR # 81 K 59 Municipio F: BOGOTA D.C. E.A.P.B.: EPS FAMISANAR SAS Convenio: CIRUGIAS2016 Régimen: CONTRIBUTIVO Datos de la Consulta Motivo de la Consulta: DOLOR EN MUÑECA DERECHA. Enfermedad Actual: PACEINTE QUIEN PRESENTO TRAUMA EN MUÑECA DERECHO HACE 20 AÑOS, PRESENTO

FRACTURA DE LA METAFISI DISTAL DEL RADIO, CONSULTA POR DOLOR A LA MOVILIAZCION Y DEFROMIDAD RESIDUAL. Antecedentes Patológicos: NO REFIERE Quirúrgicos: OSTEOSINTESIS DE METAFISIS PROXIMAL DEL HUMERO DERECHO SECUNDARIO A FRACTURA. SE ENCUENTRA EN PROCESO DE RETIRO DE MATERIAL DE OSTEOSINTESIS POR OPARTE DE ARL. por tal razón diagnostico debe ser considerado como independiente al accidente que presento, conteo asociado a los 180 días esta aplicado correctamente y posterior al día 180 debe ser cubierto por el AFP."

Finalmente indica que en relación con el pago de las incapacidades del **20/01/2020 a la fecha**, como estas corresponden a incapacidades superiores a 180, el pago lo debe efectuar el fondo de pensiones al cual se encuentra afiliada la actora, para el caso concreto **COLFONDOS**. Solicita sea declarada como improcedente la acción constitucional, por carencia de objeto al encontrarnos frente a la causal de hecho superado.

- **ASOCIACIÓN DE AMIGOS CONTRA EL CANCER PROSEGUIR (fl. 152 a 163)**, aduce que el 24 de julio de 2019 a la accionante se le practicó un procedimiento quirúrgico por motivo de "*Fractura de la Epífisis superior del humero derecho*", momento desde el cual se ha llevado a cabo el tratamiento posoperatorio, controles, orden de terapias físicas, restricciones laborales e incapacidades hasta la 17 de mayo de la presente anualidad, respecto de las cuales adjunta copia al plenario.

CONSIDERACIONES

Conforme al Artículo 86 de la Constitución Política, encontramos que 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.

Teniendo en cuenta la petición de tutela, el Despacho encuentra que el problema jurídico se centra en determinar sobre quien recae la obligación al pago de las incapacidades dejadas de percibir por la accionante.

PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER

Conforme a lo expuesto por el petente en el escrito tutelar, esta Sede Judicial se dispone resolver, si la accionante verdaderamente presentó derecho de petición ante la **EPS FAMISANAR**, en caso afirmativo, se verificará si se dio o no contestación a la petición elevada por la activa de manera completa y de fondo.

Así mismo, si ¿existe vulneración de los derechos fundamentales de un trabajador incapacitado por más de 180 días, cuando no le son reconocidas ni pagadas las incapacidades médicas por los entes que conforman el Sistema de Seguridad Social

Integral? en caso afirmativo, se determinará ¿cuál es el ente encargado de pagar las incapacidades a partir de los primeros 180 días de incapacidad?

DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN

Ha sido abundante la Jurisprudencia respecto del derecho fundamental de Petición, mediante la cual se ha señalado que el art. 23 de la Constitución Política consagra el derecho de cualquier ciudadano a presentar peticiones respetuosas a las autoridades o a particulares. Así mismo, que su núcleo esencial se satisface cuando respecto de la petición presentada se da una respuesta oportuna, de fondo y congruente, como también que sea comunicada en debida forma.

Finalmente, se ha reiterado Jurisprudencialmente que la respuesta a la petición no necesariamente trae inmerso el compromiso de resolver favorablemente lo reclamado sino que debe contestarse la solicitud de manera completa y oportuna.

*"...26. El artículo 23 de la Constitución consagra el derecho que tienen todos los ciudadanos de elevar peticiones a las autoridades por motivos de interés particular o general. **Esta Corporación ha reconocido que el núcleo esencial del derecho de petición se encuentra satisfecho una vez se suministra una respuesta oportuna, de fondo y congruente a la solicitud elevada y ésta sea debidamente comunicada.***

***En este sentido, debe entenderse que la obligación de dar una respuesta no supone el compromiso de resolver en un determinado sentido la petición, es decir, a favor o en contra de la solicitud del peticionario, sino tan solo la exigencia de contestar la solicitud presentada por el ciudadano de manera completa y oportuna...**" (T-167/16).*

DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN FRENTE A PARTICULARES

La H. Corte Constitucional en recientes pronunciamientos, señaló que respecto a las peticiones elevadas en contra de particulares, se han de tener en cuenta el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 y los artículos 32 y 33 de la Ley 1755 de 2015 Estatutaria que rigen la materia; los cuales establecen las modalidades de la acción de tutela contra particulares y los casos de procedencia del derecho de petición ante los mismos.

De igual forma, mediante sentencia **T-487 de 2017, MP ALBERTO ROJAS RÍOS**, se estableció:

*"(...) por extensión, la procedencia de la acción de tutela en aquellos eventos en los que los particulares requeridos incurran en la violación del derecho de petición, resultando necesario acudir a la jurisdicción constitucional de tutela. **La ley estatutaria no prevé un mecanismo administrativo o judicial que pueda o deba ser agotado, por aquellos peticionarios a los que un particular les ha negado la entrega de información o de documentos alegando la reserva de los mismos. Dentro de esta comprensión, y ante la inexistencia de otro medio de defensa, procede el ejercicio de la acción de tutela"***

Ahora bien, en sentencia **T-103 de 2019, MP DIANA FAJARDO RIVERA**, se indicó que de conformidad con la Ley 1755 de 2015, las peticiones ante particulares se rigen por las mismas reglas generales de aquellas dirigidas a las autoridades, la

petición puede ser presentada verbalmente, por escrito o por cualquier medio idóneo, y que **el particular debe respetar los términos de respuesta según lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 1755 de 2015.**

Finalmente, aduce la Corte Constitucional en la sentencia antes señalada:

"(...) Ley divide en tres grupos las hipótesis de ejercicio de este derecho frente a particulares: (i) El artículo 32 se refiere a la posibilidad que tiene toda persona de ejercer el derecho de petición con el fin de obtener la garantía de sus derechos fundamentales. Este supuesto incluye el ejercicio del derecho frente a cualquier tipo de organización privada, incluso si no es prestadora de un servicio público, ni tenga funciones similares; siempre que resulte necesario para asegurar el disfrute de otros derechos fundamentales.

(ii) El mismo artículo 32 contempla un segundo evento, relacionado con las peticiones presentadas ante otra persona natural, que serán procedentes siempre que el solicitante se encuentre en situación de indefensión o subordinación con respecto a aquella, o cuando la persona natural tenga una posición o función dominante ante el peticionario; siempre que el ejercicio del derecho de petición persiga el objetivo de materializar los derechos fundamentales del solicitante. 54. (iii) El artículo 33 regula lo pertinente a las peticiones formuladas por usuarios ante empresas u organizaciones privadas. Así, señala que es procedente frente a cajas de compensación familiar, instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, entidades que conforman el Sistema Financiero y Bursátil, así como empresas que prestan servicios públicos y servicios públicos domiciliarios. En este segundo supuesto, la Ley añade que aplica también lo dispuesto en su Capítulo II, que se ocupa de las reglas especiales del derecho de petición ante autoridades, en particular sobre la reserva de información y documentos"

En conclusión, se observa que, de conformidad con los recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional, es posible presentar derechos de petición ante particulares siempre que estos presten servicios públicos o cuando estén encargados de ejercer funciones públicas, se trate de organizaciones privadas con o sin personería jurídica si lo que se busca es garantizar otros derechos fundamentales diferentes al derecho de petición y sin importar si se trata de una persona natural o jurídica, cuando exista subordinación, indefensión o una posición dominante; peticiones que deberán ser resueltas a los peticionarios, máxime cuando, el carácter privado de una entidad **no la exonera de la responsabilidad de atender de fondo las peticiones que le sean presentadas.**

PROCEDENCIA EXCEPCIONALMENTE DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES

En la misma línea, reiteradamente se ha señalado que la acción de tutela no es procedente para el reconocimiento y pago de acreencias laborales. No obstante, el pago de incapacidades es procedente excepcionalmente debido a que ese emolumento sustituye el salario durante el tiempo en el cual el trabajador se encuentra involuntariamente al margen de sus labores, es decir que el mismo se encuentra directamente ligado con a la garantía de los derechos al mínimo vital y a la vida digna.

"3.1. La Constitución Política en su artículo 49 establece la garantía para que todos los ciudadanos accedan a los servicios de promoción, protección, prevención, rehabilitación y recuperación de la salud, cuando la misma se ha visto mermada con ocasión del desarrollo de actividades laborales generando como consecuencia las denominadas incapacidades laborales.

3.2. De igual manera, esta Corporación ha señalado reiteradamente que las sumas de dinero reconocidas como subsidio por incapacidad vienen a sustituir el salario durante el lapso en el cual el trabajador se encuentra al margen de sus labores, constituyendo la garantía necesaria para que su recuperación transcurra de manera tranquila al no tener que preocuparse por la procura de los ingresos necesarios para el sostenimiento personal o de su grupo familiar, garantizando su subsistencia en condiciones dignas, (artículo 53 de la Carta Política). En materia de procedencia de la tutela para el reconocimiento de esta prestación, en la sentencia T-684 de 2010, se compilaron las siguientes subreglas:

"La jurisprudencia constitucional igualmente ha fijado unos criterios que deben tenerse en cuenta para que el reconocimiento de incapacidades laborales sea procedente a través de la acción de tutela, los cuales son:

- i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores[24], cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar;
- ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia[25]; y
- iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta[26]."

Así las cosas, en desarrollo jurisprudencial, la H. Corte Constitucional ha señalado de manera reiterada respecto de las incapacidades de origen común que:

5.1.2 Incapacidades por enfermedad de origen común

De acuerdo con las disposiciones legales que regulan la materia, dependiendo del tiempo de duración de la incapacidad, la remuneración recibida durante ese lapso podrá ser denominada **auxilio económico**¹ si se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma, o **subsidio de incapacidad**² si se trata del día 181 en adelante. La obligación del pago de incapacidades está distribuida de la siguiente manera:

i. Entre el día 1 y 2 está a cargo del empleador según lo establecido en el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013.³

ii. Entre el día 3 y 180 a cargo de la EPS según el mismo decreto.

iii. Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52⁴ de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.⁵

... Sobre la base de lo previsto en la Ley 1753 del 2015, el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común tiene actualmente las siguientes fases y encargados:

¹ Código Sustantivo del Trabajo, artículo 227.

² Decreto 2463 de 2001, artículo 23.

³ El Decreto 2943 de 2013 modifica el parágrafo 1 del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 que establecía que la obligación del empleador era pagar los primeros 3 días de incapacidades originadas por enfermedad general.

⁴ Este artículo modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

⁵ Este concepto debe emitirse antes del vencimiento de los primeros 150 días de incapacidad. Si la EPS no cumple esta obligación, deberá asumir el pago de las incapacidades posteriores a los 180 días, hasta que emita el concepto.

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
<i>Día 1 a 2</i>	<i>Empleador</i>	<i>Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013</i>
<i>Día 3 a 180</i>	<i>EPS</i>	<i>Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013</i>
<i>Día 181 hasta un plazo de 540 días</i>	<i>Fondo de Pensiones</i>	<i>Artículo 52 de la Ley 962 de 2005</i>
<i>Día 541 en adelante</i>	<i>EPS⁶</i>	<i>Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015</i>

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en relación con este tema ha establecido que el origen de la incapacidad determina la hoja de ruta para establecer con claridad cuál es la entidad, bien sea que pertenezca al Sistema General de Seguridad Social en Salud o al Sistema General de Riesgos Laborales, que tiene la obligación de pagar las incapacidades, en concordancia con las diferentes reglas temporales que operan en los casos de enfermedades de origen común.

Ahora bien, aun cuando el desarrollo normativo y jurisprudencial previo al año 2015, daba cuenta de la existencia de un déficit de protección para incapacidades que superaran los 540 días consecutivos, esta Sala encuentra que tal circunstancia ha sido satisfecha por el artículo 67 de la Ley 1573 de 2015, al menos mientras se encuentre vigente el Plan Nacional de Desarrollo...” (T-200/17)

RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDO DE PENSIONES – AFP EN EL PAGO DEL SUBSIDIO POR INCAPACIDAD.

Ahora bien, en lo relativo a que la Administradora de Fondo de Pensiones argumente el no reconocimiento de las incapacidades, aduciendo que no es ella, sino su aseguradora, la encargada de pagar el subsidio, en ese orden procede esta Sede Judicial.

Es oportuno mencionar la responsabilidad en el pago del subsidio por incapacidad superior a los primeros 180 días, serán de cargo de la Administradora de Fondo de Pensiones según la Ley 100 de 1993 y las reglas jurisprudenciales trazadas sobre la materia, independientemente de los seguros previsionales contratados por estas, o asuntos contractuales que se llegaren a presentar.

Lo anterior, porque la jurisprudencia constitucional ha eliminado la imposición de trámites adicionales a los contemplados en el marco normativo que regula el procedimiento para reconocer y pagar las incapacidades y ha reprochado que las entidades que retrasan el pago de dichas incapacidades lo hagan con base en discusiones relativas a su responsabilidad en el cubrimiento de la prestación .

No puede tolerarse por ningún motivo que el afiliado sea quien tenga que soportar, los efectos de esas controversias, mucho menos cuando existe certeza sobre su derecho, no puede inmiscuirse al afiliado en disputas que no le competen y que, en cualquier caso, pueden poner en riesgo sus condiciones mínimas de existencia.

⁶ La EPS podrá perseguir el pago de dichas incapacidades ante la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, según el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

Lo que importa en estos casos, es privilegiar la protección de las garantías mínimas de quienes se ven temporalmente despojados de sus ingresos básicos por cuestiones de salud sobre las controversias de índole contractual que puedan presentarse en relación con la responsabilidad de los actores del Sistema General de Seguridad Social en el reconocimiento y pago de esas prestaciones.

Sobre el particular la Corte Constitucional atemperó :

"...Tales argumentos, lejos de justificar el proceder de la AFP demandada, reflejan su absoluta indolencia con la difícil situación que estaba soportando el señor Bautista al verse aquejado por una enfermedad catastrófica e implican un total desconocimiento de los principios constitucionales de universalidad, eficiencia y solidaridad intrínsecos al derecho irrenunciable a la seguridad social; de las obligaciones que el legislador les impuso a las instituciones encargadas de garantizar la cobertura de las prestaciones económicas del SGSSI y de la jurisprudencia constitucional que ha prevenido a los actores del sistema sobre la imposibilidad de evadir sus obligaciones escudándose en disputas administrativas que en nada incumben a sus afiliados.

No es cierto que las aseguradoras sean las llamadas a pagar las incapacidades laborales subsiguientes a los primeros 180 días de incapacidad ni, mucho menos, que el pago del subsidio esté sujeto a que den su autorización al respecto. Tampoco, que sean ellas las encargadas de "postergar la calificación" de la pérdida de la capacidad laboral de los afiliados.

El Decreto 2463 de 2001 señala, con toda claridad, que es a las AFP a las que les corresponde "postergar el trámite de calificación ante las juntas de calificación de invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal otorgada por la entidad promotora de salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador", cuando este sufra un accidente o enfermedad común y exista concepto favorable de rehabilitación.

Y si bien la norma vinculaba la posibilidad de postergar el trámite de calificación de la invalidez y el pago del subsidio con la "autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente", tal previsión no conducía a supeditar la cancelación efectiva de las incapacidades a lo que sobre el particular decidiera una compañía que es totalmente ajena a la relación que mantienen los afiliados al SGSSI con sus fondos de pensiones. Pretender que la alusión a la referida autorización exima a las AFP de gestionar el pago oportuno de una incapacidad laboral denota, por eso, una auténtica trasgresión del régimen jurídico y de los lineamientos que ha fijado esta corporación al pronunciarse sobre la responsabilidad de las AFP en el cubrimiento de las contingencias económicas y de salud de los afiliados al SGSSI.

De todas maneras, cualquier controversia que pudiera presentarse en este sentido quedó superada tras la entrada en vigencia del Decreto 19 de 2012, que, como se indicó en líneas anteriores, modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, al señalar que las AFP postergarán el trámite de calificación de la invalidez otorgando un subsidio equivalente a la incapacidad que disfrutaba el trabajador, ya no con la "autorización de la aseguradora (...)", sino "con cargo" al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social que lo expidió.

Sobre todo, la Sala encuentra censurable que la AFP difiera indefinidamente el cumplimiento de sus obligaciones amparándose en el alcance que arbitrariamente le atribuyó a ciertas disposiciones legales, pero reproche, al mismo tiempo, que el Gobierno no haya establecido una fuente de financiamiento para el pago de las incapacidades laborales, pese a que "desde el punto de vista jurisprudencial, se ha determinado que son los fondos de pensiones los responsables del pago y en qué condiciones lo deben hacer", llegando a reclamar, incluso, la vinculación del Ministerio de la Protección Social con el objeto de que este autorizara al Fosyga a reembolsar los

recursos que tendría que destinar a atender el pago de incapacidades posteriores a los 180 días reconocidos por las EPS.

Esas afirmaciones, que resultan totalmente ajenas al debate intrínseco a la acción de tutela, confirman que la accionada estaba al tanto de sus obligaciones en relación con el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales que superan los 180 días y, pese a ello, retrasó injustificadamente el pago de aquellas a las que el señor Bautista tenía derecho, sin reparar en los efectos adversos que dicha decisión tendría sobre los derechos fundamentales del accionante.

5.11. Tal falta de consideración resulta inadmisibles desde la óptica de los amplios precedentes constitucionales que propugnan por la atención oportuna de quienes sufren una incapacidad laboral y por su acceso efectivo a las prerrogativas que el ordenamiento jurídico consagró para propiciar su total recuperación.”

CASO EN CONCRETO

En primer lugar, conforme a lo expuesto por la petente en el escrito tutelar, esta Sede Judicial se dispone resolver, si la accionante verdaderamente presentó derecho de petición ante **EPS FAMISANAR**, en caso afirmativo, se verificará si se dio o no contestación a la petición elevada de manera oportuna, completa y de fondo.

Con base en lo anterior y por encontrarse el derecho de petición presentado por la activa dentro de los presupuestos señalados, esto es un supuesto de subordinación o dependencia con las entidades accionadas, es por lo que es procedente la presente acción constitucional y por ello se dispone a pronunciarse frente a las situaciones que revisten vital importancia respecto del caso objeto de estudio.

Con el fin de desatar la solicitud de amparo constitucional y de desplegar un pronunciamiento de fondo frente al pedimento realizado, es necesario señalar como primera medida que según lo expone la activa, en el mes de enero de la presente anualidad presentó derecho de petición, en el que solicitó:

"a) Expedir certificado o constancia de pago de incapacidades medicas hasta el día 180 por

parte de EPS FAMISANAR S.A.S.

b) Expedir historia clínica.

c) Expedir los documentos solicitados por COLFONDOS S.A. para el pago de incapacidades

medicas a partir del día 181.

d) Expedir constancia de envío a COLFONDOS S.A. de los documentos requeridos.

e) Transcribir las incapacidades medicas correspondientes a:

a. del 24 de julio de 2019 hasta 22 de agosto de 2019.

b. del 23 de agosto de 2019 hasta 21 de septiembre de 2019.

c. del 22 de octubre de 2019 hasta 20 de noviembre de 2019.

d. del 21 de noviembre de 2019 hasta 20 de diciembre de 2019.

e. del 21 de diciembre de 2019 hasta 19 de enero de 2020.

f. del 20 de enero de 2020 hasta 18 de febrero de 2020”

En razón a lo anterior, verifica el Despacho que el derecho de petición incoado por la parte accionante no ha sido contestado; toda vez que, si bien **FAMISANAR EPS**, señaló en su contestación que el requerimiento elevado por la activa fue resuelto a través de comunicado enviado al correo electrónico luzmarian3204084259@gmail.com, no allega prueba si quiera sumaria que permita

colegir a esta operadora judicial, que se emitió contestación a cada una las solicitudes invocadas respecto de la solicitud elevada en sede de petición.

Se debe entender que la obligación de dar una respuesta no supone el compromiso de resolver en un determinado sentido la petición, es decir, a favor o en contra de la solicitud de la peticionaria, sino tan solo la exigencia de contestar la solicitud presentada por la activa de manera completa y oportuna; motivo por el cual, esta Dependencia Judicial tutelaré el derecho de petición y se **ORDENARÁ** a la **EPS FAMISANAR**, que en el término de **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** posteriores a la notificación de la presente decisión, proceda a emitir respuesta clara y de fondo a la petición presentada por **MARIA LUZ MARINA MARTINEZ PEÑA** en el **mes de enero de dos mil veinte (2020)**, teniendo en cuenta que se encuentra superado con creces el término legal para su contestación.

Por otro lado, pretende la activa que se ordene a las entidades accionadas reconocer y pagar las incapacidades médicas otorgadas por el periodo comprendido entre **el 24 de julio de 2019 y el 18 de febrero de la presente anualidad**.

De la respuesta allegada por la **EPS FAMISANAR** y las incapacidades allegadas por la **ASOCIACIÓN DE AMIGOS CONTRA EL CANCER PROSEGUIR (fls. 136 a 151 y 152 a 163)**, encuentra el Despacho que **MARIA LUZ MARINA MARTINEZ PEÑA** cuenta con **299 días** de incapacidades continuas del **24 de julio de 2019 al 17 de mayo de 2020**.

Así las cosas, observa el Despacho que las incapacidades pretendidas por la activa fueron debidamente canceladas por la **EPS FAMISANAR** hasta el **19 de enero del año en curso**, fecha en la cual **MARIA LUZ MARINA MARTINEZ PEÑA** cumplió **180 días de incapacidad**.

No obstante, aun se encuentran pendientes por cancelar las siguientes incapacidades:

No. Incapacidad	Fecha Inicial	Fecha Final	No. Días
9359	20/01/20	18/02/20	30
10737	19/02/20	19/03/20	30
11095	18/04/20	17/05/20	30

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que los lineamientos trazados por la jurisprudencia constitucional adoctrinan que será la AFP quien pague las incapacidades causadas desde el día 181 en adelante, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se dictamine la pérdida de su capacidad laboral de manera definitiva (**Decreto 2463 de 2001, artículo 23 y 142 del Decreto Ley 019 de 2012**), y como quiera que en el sub examine no se cumplen los presupuestos dispuestos en las normas legales ya referidas, ni mucho menos las reglas jurisprudenciales sobre la materia para dejar de pagar las incapacidades a la accionante, toda vez que **MARIA LUZ MARINA MARTINEZ PEÑA** no ha restablecido su salud y tampoco se ha dictaminado la pérdida de su capacidad laboral de manera definitiva, es por lo que se ordenará a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.**, que en el término de **cuarenta y ocho (48) horas** siguientes contadas a partir del momento en que **MARIA LUZ MARINA MARTINEZ PEÑA** identificada con C.C. No. 51.663.788, radique ante la entidad las prestaciones económicas otorgadas por los

galenos tratantes, reconozca y pague las incapacidades médicas No. **9359, 10737, 11095 y las que se sigan causando hasta el día 540.**

Se colige en el caso estudiado, que el no pago de las incapacidades superiores a los 180 días vulnera el derecho fundamental al mínimo vital de **MARIA LUZ MARINA MARTINEZ PEÑA**, al no estar percibiendo ningún ingreso que permita sufragar sus gastos básicos, situación que no fue controvertida por las accionadas ni mucho menos se aportaron pruebas que desvirtuaran lo contrario; y si bien es cierto la problemática aquí planteada debería ser resuelta en un primer momento por los jueces ordinarios, considera éste Despacho que con las pruebas arrojadas al expediente se encuentra suficientemente acreditada la ocurrencia del perjuicio irremediable, derivándose en la afectación del mínimo vital de la accionante, por lo cual, se hace procedente la intervención del juez constitucional, en aras de amparar los derechos fundamentales vulnerados.

Finalmente, al no existir responsabilidad alguna las vinculadas **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR** y la **ASOCIACIÓN DE AMIGOS CONTRA EL CANCER PROSEGUIR**, se ordenará su desvinculación de la acción de tutela de la referencia, teniendo en cuenta que de las respuestas allegadas en el trámite tutelar, se evidencia que sus procederestuvieron ajustados a los lineamientos establecidos legalmente, sin existir de esta manera vulneración alguna a los derechos fundamentales alegados como trasgredidos.

DECISION

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE 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: TUTELAR el derecho fundamental de petición de **MARIA LUZ MARINA MARTINEZ PEÑA** en contra de **FAMISANAR EPS**, de conformidad a las consideraciones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: ORDENAR a **FAMISANAR EPS**, que en el término de **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** posteriores a la notificación de la presente decisión, proceda a emitir respuesta clara y de fondo a la petición presentada por **MARIA LUZ MARINA MARTINEZ PEÑA** en el **mes de enero de dos mil veinte (2020)**, teniendo en cuenta que se encuentra superado con creces el término legal para su contestación.

TERCERO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.**, que en el término de **cuarenta y ocho (48) horas** siguientes contadas a partir del momento en que **MARIA LUZ MARINA MARTINEZ PEÑA** identificada con C.C. No. 51.663.788, radique ante la entidad las prestaciones económicas otorgadas por los galenos tratantes, reconozca y pague las incapacidades médicas No. **9359, 10737, 11095 y las que se sigan causando hasta el día 540.**

CUARTO: DESVINCULAR a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR** y la **ASOCIACIÓN DE AMIGOS CONTRA EL CANCER PROSEGUIR**, de conformidad con la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: NOTIFICAR por el medio más eficaz tanto a la parte accionante como a las accionadas del resultado de la presente providencia.

SEXTO: Si no fuere impugnado el presente fallo oportunamente, esto es, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, se remitirá a la H. Corte Constitucional en los términos del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. En caso contrario se enviará a la Oficina Judicial - Reparto de los Juzgados Laborales del Circuito de esta ciudad, en los términos del artículo 32 ibídem.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



VIVIANA LICÉDT QUIROGA GUTIÉRREZ
Juez



DIANA MILENA GÓNZALEZ ALVARADO
Secretaria