

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO SESENTA Y CUATRO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.,

(Juzgado Cuarenta y Seis de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple Transitorio)

-Acuerdo PCSJA18-11127-

Bogotá D.C., catorce (14) de junio de dos mil veintidós (2022).

Acción de Tutela N° 11001400642022-0073800 de Andrea Marisol Cajamarca Garnica en contra de la EPS FAMISANAR S.A.S. y el Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

ASUNTO

Surtido el trámite de rigor, procede el Despacho a resolver la acción de la referencia, instaurada por la presunta violación de los derechos fundamentales de Andrea Marisol Cajamarca Garnica, por parte de la accionada,

I. ANTECEDENTES

La petición y los hechos

Manifiesta en el escrito de amparo la accionante, que el 5 de Julio de 2019, se presentó un accidente de tránsito vía a Villeta, cuando se transportaba como parrillera de una motocicleta, donde resultó gravemente lesionada con laceraciones en todo el cuerpo, múltiple fractura de tibia y peroné entre otras, tal como consta en las Historias clínicas, con secuelas según el médico legales fueron Deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente; perturbación funcional de miembro inferior izquierdo de carácter permanente; perturbación funcional de órgano a la locomoción de carácter permanente.

Añade que a la fecha continua incapacitada, en razón al tratamiento médico en su pierna izquierda, pero que ni la EPS Famisanar ni el Fondo de Pensiones Porvenir, le han pagado las incapacidades No. 0008591536 del 11 de enero de 2022 al 9 de febrero de 2022; No. 0008637117 del 10 de febrero de 2022 al 24 de febrero de 2022; No. 0008653878 desde el 25 de febrero de 2022 al 11 de marzo de 2022; No. 0008670705 desde el 12 de marzo de 2022 al 26 de marzo de 2022; No. 0008687030 desde el 28 de marzo de 2022 al 30 de marzo de 2022; No. 00086891833 desde el 31 de marzo de 2022 al 29 de abril de 2022; del 30 de abril de 2022 al 29 de mayo de 2022 y la del 30 de mayo de 2022 al 28 de junio de 2022; finaliza señalando que no cuenta con trabajo ni con una pensión.

II. DERECHOS VIOLADOS Y PETICIÓN

Indico la promotora del amparo, que la conducta de las accionadas, vulnera los derechos fundamentales a un adecuado nivel de vida, a la salud en conexidad con la vida y al mínimo vital, por lo que solicita al despacho ORDENAR al Fondo de Pensiones Porvenir y/o a la EPS FAMISANAR y/o a quien corresponda, que se le cancele las incapacidades adeudadas desde el 11 de enero de 2022 hasta el 28 de junio de 2022 y todas las demás que se

vayan causando, que dichos valores sean consignados a la cuenta de ahorros No. 00810755068, del Banco de Davivienda S.A. que está a su nombre.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante proveído calendado tres (03) de junio de dos mil veintidós (2022), se admitió la acción de la referencia, solicitando a las accionadas que en el improrrogable término de un (1) día, contado a partir del recibo de la comunicación, se pronuncie sobre los hechos en lo que se soporta la presente acción y anexe la documentación pertinente, para la pronta y adecuada resolución de la tutela; igualmente se ordenó vincular a MEDIFACA IPS S.A.S., EPS CAFAM, a efectos de que rinda concepto sobre los hechos de la presente acción constitucional.

Conforme lo informado por la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., mediante auto de fecha 13 de junio de 2022, se ordenó oficiar al Juzgado Cincuenta y Uno De Pequeñas Causas Y Competencia Múltiple De Bogotá, a fin de que informen todo lo pertinente respecto a la acción de tutela con radicado No. -00745-00 que curso en ese despacho, y del cual se emitió fallo fechado 8 de julio de 2021, remitiendo las piezas procesales pertinente, en el menor tiempo posible.

En atención al requerimiento del juzgado:

- **La Caja de Compensación Familiar CAFAM** a través de apoderada judicial, manifestó que, de acuerdo con las normas de seguridad social vigentes, el sistema de seguridad social en salud cuenta dentro de su organización institucional con un subsector privado conformado por Entidades Promotoras de Salud EPS, Instituciones Prestadoras de Servicio IPS, Aseguradoras de Riesgos Laborales (ARL) y Fondo de Pensiones y Cesantías, luego estas son entes jurídicamente

Señala que CAFAM actúa como IPS y no como EPS, pues la aseguradora es FAMISANAR EPS, por ende, la autorización y direccionamiento para los servicios requeridos por la accionante, le corresponde al asegurador, toda vez que la Caja de Compensación Familiar CAFAM, brinda servicios de salud a través de sus diferentes I.P.S., debidamente habilitadas por el asegurador, pero esa IPS no está encargada de pagar incapacidades.

- **MEDIFACA IPS S.A.S**, informo que a través de su personal médico, ha brindado atención médica especializada a favor de la paciente ANDREA MARISOL CAJAMARCA GARNICA, quien para la actualidad registra once (11) atenciones médicas, contadas desde el día 16 de abril de 2021, hasta el día 23 de marzo de 2022, de conformidad con el diagnóstico de ESTENOSIS OSEA DEL CANAL NEURAL, seis (6) de ellas a través del servicio médico especializado de neurología, brindándole el servicio de salud requerido de manera oportuna, de conformidad con su sintomatología, ordenándole exámenes y consultas de control, necesarias para su tratamiento; luego considera que la responsabilidad de lo pedido por la accionante recae directamente sobre las accionadas.

- **La Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, a través de la directora de Acciones Constitucionales, manifiesta que las incapacidades correspondientes del día 181 al día 360 (540), es decir incapacidades prescritas entre el 25 de febrero de 2020

hasta el 19 de enero de 2021 ya fueron pagadas y reconocidas por parte de Porvenir S.A. dando cumplimiento al fallo del Juzgado Cincuenta y Uno De Pequeñas Causas Y Competencia Múltiple De Bogotá, los periodos posteriores a esa fecha corresponden a posteriores del día 540.

Señala que las incapacidades posteriores al día 360 (540) deben ser reconocidas por la EPS FAMISANAR por tratarse de incapacidades posteriores al día 540, concluyendo que Porvenir no adeuda suma alguna a favor de la accionante, como quiera que se reconoció las incapacidades radicadas dentro de los 360 días adicionales a los primeros 180 según el límite que expresamente establece la normatividad vigente. Anexando certificado de pago de incapacidades

Aclara que solo han sido notificados de un concepto de rehabilitación por parte de la EPS FAMISANAR emitido el día 24 de febrero de 2020 desfavorable de origen común

- LA EPS FAMISANAR SAS., a través del Gerente Zona Sabana Sur manifestó que la usuaria Cuenta con el fallo No. -00745-00, el cual ordeno pago de incapacidades superiores a 540 días, por lo tanto, las incapacidades mencionadas en la descripción se reportan a medicina Laboral para seguimiento y auditoria ya que estas superan 540 días, puesto para dar reconocimiento a las incapacidades posteriores al día 540, a partir del 01/08/2017, es necesario, que el usuario les allegue la documentación que que fijo el Decreto 1333 de 2018, para acceder al pago de las incapacidades superiores a 540 días, como es el Certificado de pago de incapacidades emitido por el Fondo de Pensiones, esto para evitar pagos dobles; la Carta del Fondo de Pensiones donde remite el caso del usuario a la EPS y la Calificación de pérdida de capacidad laboral, que es obligatoria; dicha documentación queda a validación ya que si la PCL es mayor al 50% por políticas de la compañía no aplica para reconocimiento de incapacidades Post 540, el usuario debe gestionar la pensión.

IV. CONSIDERACIONES

LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela, prevista por el artículo 86 de la Constitución Política es un mecanismo procesal específico y directo, cuyo objeto consiste en la efectiva protección concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales en una determinada situación jurídica, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública, o de un particular en las situaciones y bajo las condiciones determinadas específicamente en el Decreto 2591 de 1991. La finalidad última de esta acción constitucional es lograr que el Estado, a través de un pronunciamiento judicial, restablezca el derecho fundamental conculcado o impida que la amenaza que sobre él se cierne se configure.

Dentro de las características esenciales de esta acción se encuentran la subsidiariedad y la inmediatez, la primera, refiere a que tan solo resulta procedente instaurarla en subsidio o a falta de instrumento constitucional o legal diferente, susceptible de ser alegado ante los Jueces; esto es, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial para su defensa, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable; la segunda a que la acción de tutela debe tratarse como mecanismo de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de la violación o amenaza.

PROCEDENCIA DE LA TUTELA PARA EL PAGO DE INCAPACIDADES, SI AFECTA EL MINIMO VITAL

La Corte Constitucional ha reiterado que la acción de tutela es procedente para pagar incapacidades, cuando se afecta el mínimo vital o se configura un perjuicio irremediable, en sentencia del pasado 15 de marzo, publicada recientemente, la Corte recordó la presunción de que las incapacidades son la única fuente de ingreso del trabajador, para garantizar su subsistencia y la de su familia.

Por su parte el Sistema General de Seguridad Social establece la protección a la que tienen derecho aquellos trabajadores que, en razón a la ocurrencia de un accidente laboral o una enfermedad de origen común, se encuentran incapacitados para desarrollar sus actividades laborales y, en consecuencia, están imposibilitados para proveerse sustento a través de un ingreso económico. Dicha protección se materializa mediante diferentes figuras tales como: el pago de las incapacidades laborales, seguros, auxilio y pensión de invalidez contempladas todas estas, en la Ley 100 de 1993^[71], Decreto 1049 de 1999, Decreto 2943 de 2013^[72], la Ley 692 de 2005, entre otras disposiciones. (negrilla fuera del texto)

Las referidas medidas de protección buscan reconocer la importancia que tiene el salario de los trabajadores en la salvaguarda de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. Así lo ha sostenido la Corte al referirse particularmente a la incapacidad, estableciendo que los procedimientos para el pago de las mismas se han creado “(...) *en aras de garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, cuando sea el caso. Tal hecho permite concluir que el Sistema de Seguridad Social está concebido como un engranaje en el cual se establece que ante una eventual contingencia exista una respuesta apropiada*”

Bajo esa línea, la Corte mediante sentencia T-490 de 2015 fijó unas reglas en la materia, señalando que:

“i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar;

ii) 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; 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.”

En consecuencia, durante los periodos en los cuales un trabajador no se encuentra en condiciones de salud adecuadas para realizar las labores que le permitan devengar el pago de su salario, el reconocimiento de incapacidades constituye como una garantía de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. De allí, que la Corte reconozca que, sin dicha prestación, se presume la vulneración de los derechos en mención.

Ahora bien, específicamente con el reconocimiento de incapacidades, la H. Corte ha reconocido la procedencia de la acción de tutela, por considerar que el no pago de dicha prestación económica desconoce no sólo un derecho de índole laboral, sino también, supone la vulneración de otros derechos fundamentales habida cuenta de que en muchos casos, dicho ingreso constituye la única fuente de subsistencia para una persona y su núcleo familiar, siendo el amparo constitucional el medio más idóneo y eficaz para lograr una protección real e inmediata. En palabras de la Corte:

“El no pago de una incapacidad médica constituye, en principio, el desconocimiento de un derecho de índole laboral, pero puede generar, además, la violación de derechos fundamentales cuando ese ingreso es la única fuente de subsistencia para una persona y su familia. No sólo se atenta contra el derecho al trabajo en cuanto se hacen indignas las condiciones del mismo, sino que también se puede afectar directamente la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos”

Además, ha estimado la Corte que el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de enfermedad y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permite recuperarse satisfactoriamente.

Sobre esa base, la jurisprudencia en la materia ha reiterado que “los mecanismos ordinarios instituidos para reclamar el pago del auxilio por incapacidad, no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza; por lo que considera que mediante la acción de tutela se busca evitar la consumación de un perjuicio irremediable que se materializa en la amenaza grave e inminente sobre el mínimo vital, la cual requiere de medidas urgentes e impostergables para evitar su configuración.

Cabe aclarar que conforme lo establecido en el Decreto 2943 de 2013 establece que el reconocimiento económico de incapacidades es pagado por el empleador, sea público o privado, por los dos primeros días de la incapacidad cuyo origen sea enfermedad general; después del tercer día de incapacidad y hasta completar 180 días, la responsabilidad de pago por dicho concepto le corresponde a la Entidad Promotora de Salud (EPS) a la cual esté afiliado y de acuerdo al Decreto 2463 de 2001, en el caso que la incapacidad supere los 180 días y hasta 360 días, será la Administradora de Fondos de Pensiones la que se responsabilice del pago por dicho concepto.

EL CASO EN CONCRETO

Con la presente acción constitucional, pretende la accionante Andrea Marisol Cajamarca Garnica, que la EPS Famisanar o el Fondo de Pensiones Porvenir, le pague las incapacidades No. 0008591536 del 11 de enero de 2022 al 9 de febrero de 2022; No. 0008637117 del 10 de febrero de 2022 al 24 de febrero de 2022; No. 0008653878 desde el 25 de febrero de 2022 al 11 de marzo de 2022; No. 0008670705 desde el 12 de marzo de 2022 al 26 de marzo de 2022; No. 0008687030 desde el 28 de marzo de 2022 al 30 de marzo de 2022; No. 00086891833 desde el 31 de marzo de 2022 al 29 de abril de 2022; del 30 de abril de 2022 al 29 de mayo de 2022 y la del 30 de mayo de 2022 al 28 de junio de 2022; debido a que sigue incapacidad, con ocasión al accionante de tránsito ocurrido el 5 de Julio de 2019, cuando se transportaba como parrillera en una motocicleta, cuando se dirigía por la vía Villeta, sufriendo laceraciones en todo el cuerpo, múltiple fractura de tibia y peroné entre otras, con secuelas de deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente; perturbación funcional de miembro inferior izquierdo de carácter permanente; perturbación funcional de órgano a la locomoción de carácter permanente, situación está que le impide trabajar, aclarando que no cuenta con una pensión.

Revisada la actuación y los anexos, entre ellos la Historia clínica completa de las diferentes especialidades y IPS, EPS, las incapacidades otorgadas por los galenos tratantes y el informe pericial médico legal de fecha 18 de diciembre de 2020, tenemos que están dan certeza de lo manifestado por la accionante, igualmente tenemos la manifestación hecha por el Fondo de pensiones y Cesantías PORVENIR, quien en respuesta a esta acción constitucional señaló que las incapacidades correspondientes del día 181 al día 360 (540), es decir incapacidades prescritas entre el 25 de febrero de 2020 hasta el 19 de enero de 2021 ya fueron pagadas y reconocidas por parte de Porvenir S.A. dando cumplimiento al fallo del Juzgado Cincuenta y Uno De Pequeñas Causas Y Competencia Múltiple De Bogotá.

Igualmente tenemos, que conforme el expediente arrimado a este despacho, por el Juzgado Cincuenta y Uno De Pequeñas Causas Y Competencia Múltiple De Bogotá, efectivamente en ese despacho, curso la acción de tutela instaurada por Andrea Marisol Cajamarca Garnica, en contra de la EPS Famisanar y el Fondo de Pensiones Porvenir, cuyo radicado le correspondió el No. 11001400306920210074500, en el cual mediante sentencia de fecha 8 de julio de 2021, se tuteló los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la salud y como consecuencia:

"...(ii)**ORDENAR** al representante legal del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, o a quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, reconozca y pague las incapacidades originadas desde el 25 de febrero de 2020 inclusive y hasta completar el día 540

(ii) **ORDENAR** al representante legal de Famisanar E.P.S. o a quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia reconozca y pague las incapacidades posteriores al día 540 a favor de la señora Andrea Marisol Cajamarca Garnica."

Luego, como quiera que lo pretendido por la accionante en el escrito de tutela que conoce este despacho, ya fue resuelto en cada uno de los aspectos y derechos reclamados, no le queda otro camino a que esta sede judicial más que NEGAR la solicitud de amparo; no sin antes instar a la accionante que en adelante tenga en cuenta al momento de incoar una acción de tutela, la figura de temeridad, al instaurar varias acciones constitucionales, soportadas en los mismos hecho, sin que medie justificación alguna, tal como lo señala el Decreto 2591 de 1991 señala en su artículo 38:

“Actuación temeraria. 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”.

Ahora bien, la Corte Constitucional indicó que para determinar si una tutela se encuentra impregnada por elementos de temeridad, es necesario demostrarse que el actuar del accionante fue de mala fe y doloso.

Por lo anterior, la Corte Constitucional en Sentencias T-502 del 2008 y T-226 del 2011, ha señalado que además de un actuar doloso es necesario que se repitan los siguientes elementos para catalogar una acción de tutela como temeraria:

“... (i) identidad de partes, (ii) identidad de hechos, (iii) identidad de pretensiones...”.

Así mismo debe existir una “ausencia de justificación para la presentación de la nueva demanda”.

Existen cuatro reglas jurisprudenciales señaladas en la Sentencia T-128 del 2016, para determinar si existe la mala Fe:

“...(i) resulta amañada, en la medida en que el actor se reserva para cada demanda los argumentos o pruebas que convalidan sus pretensiones; denote el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable; (iii) deje al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción; o finalmente (iv) se pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de los administradores de justicia...”.

Empero lo anterior, no siempre la duplicidad es temeraria, por lo que es importante aclarar que, así como la jurisprudencia ha otorgado elementos para reconocer la temeridad, también lo ha hecho para descartarla, es decir, para demostrar que esta no existió así se presentaran elementos constitutivos, como lo es la presentación de múltiples tutelas fundadas en los mismos hechos y pretensiones. Dichos elementos son los siguientes:

- Que el accionante, es decir quien presenta la acción de tutela, ignore que su actuar puede ser considerado como temerario.*
- Que el afectado se encuentre asesorado por un profesional del derecho, el cual le brinde una asesoría errónea.*
- Que la múltiple presentación sea ocasionada por un estado de necesidad y vulnerabilidad del accionante, el cual en su situación considera como medio de protección la múltiple presentación.*

Lo anterior conduce a que este despacho, considere que el accionante se encuentra precisamente en ese estado de necesidad y considera que el medio de protección precisamente es la presentación de varias tutelas, más considera este despacho que de su narración en el escrito de tutela, se desprende que no lo hizo de mala Fe, puesto que fue a raíz de su quebrantamientos de salud y situación económica; empero y a pesar de ello es necesario e importante reiterar que, como lo señala el art. 86 de la Constitución Política, cualquier persona se encuentran en el derecho de emplear la acción de tutela para hacer valer sus derechos cuando considere que han sido vulnerados; sin embargo, hay que tener en cuenta al momento de emplearla, que se trate de derechos fundamentales, que no se tenga otro mecanismo ordinario y que no se puede solicitar a un ente o varios, el análisis de

los mismos hechos de manera repetitiva, es decir, cada ciudadano puede presentar las acciones de tutela que considere necesarias siempre y cuando estas no versen sobre los mismos hechos y pretensiones.

De otro lado y como ya se señaló anteriormente, en virtud a que el juzgado Cincuenta y Uno De Pequeñas Causas Y Competencia Múltiple De Bogotá, conoció de la tutela referida, emitiendo el fallo correspondiente, esta sede judicial negará la acción constitucional.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Sesenta y Cuatro Civil Municipal de Bogotá D.C., (Juzgado 46 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple Transitorio), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR el amparo solicitado por Andrea Marisol Cajamarca Garnica, conforme lo señalado en la parte motiva.

SEGUNDO: REQUERIR a Andrea Marisol Cajamarca Garnica, para que a futuro haga uso adecuado de la acción de tutela.

TERCERO: Notificar esta determinación a la accionante y a las entidades encartadas, por el medio más expedito y eficaz.

CUARTO: De no ser impugnado el presente fallo, remítase el expediente dentro del término legal a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Ofíciense.

QUINTO: En caso de ser excluida de revisión archívese definitivamente

Comuníquese y Cúmplase,

**LILIAM MARGARITA MOUTHON CASTRO
JUEZ**

Firmado Por:

Liliam Margarita Mouthon Castro

Juez
Juzgado Municipal
Civil 064
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: **6389a55780eda51b93ed0a16320ee1a8b40f4b2bdabc56ead30e84c3544ed044**

Documento generado en 14/06/2022 02:13:49 PM

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