

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Radicado: (005) **2022 – 00390** 01
Proceso: Acción de Tutela (SEGUNDA INSTANCIA)
Accionante: Sabdy Johana Pérez López
Accionados: Famisanar EPS
Vinculados: SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, FONDO NACIONAL DEL AHORRO, ENFETER S.A., FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., IPS COLSUBSIDIO, IPS CAFAM.S
Asunto: **SENTENCIA**

Agotado el trámite que le es propio a esta instancia, se resuelve lo pertinente a la impugnación presentada por la accionante, contra el fallo de fecha 15 de julio de 2022, proferido por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Bogotá.

ANTECEDENTES

1.- Supuestos Fácticos

Sabdy Johana Pérez López, interpuso acción de tutela en contra de Famisanar EPS, la cual sustenta en los siguientes hechos:

1. Que a la señora Sabdy Johana Pérez López, le fue diagnosticada “EPILEPSIA FOCAL REFRACTARIA DE PROBABLE ORIGEN FRONTAL DERECHO” y “EPILEPSIA Y SINDROMES EPILEPTICOS IDIOPA”; y cuenta con certificado de Discapacidad Psicosocial (Mental), expedido por

la Secretaría de Salud de Bogotá.

2. Que se ha visto imposibilitada para continuar realizando sus labores diarias, en especial, continuar laborando para garantizar su derecho fundamental al mínimo vital y móvil, salud y vida digna, por lo que depende de otras personas para garantizar su subsistencia y sus gastos propios.

3. Que debido a las patologías antes descritas y su imposibilidad para valerse por sí misma, se ha solicitado en repetidas ocasiones mediante derecho de petición a la E.P.S FAMISANAR, emitan concepto de rehabilitación, el cual es requerido para iniciar los trámites para la calificación de pérdida de capacidad laboral, y eventualmente se logró el reconocimiento de la pensión de invalidez.

4. Que la referida EPS, en las respuestas emitidas señala que no es posible emitir el concepto de rehabilitación, por cuanto, la señora Sabdy Johana Pérez López, no registra incapacidades que superen los 90 días.

5. Que a pesar de lo anterior, el 21 de febrero de 2022, fue valorada por su médico tratante, especialista en neurología, la cual determinó remitirla para valoración por medicina laboral y la realización de una prueba cognitiva.

6. Que en respuesta a la orden de valoración por medicina laboral, ordenada por su médico tratante, la EPS FAMISANAR, mediante correo electrónico indicó lo siguiente: *“E.P.S. FAMISANAR S.A.S. Le informa que esta solicitud ha sido devuelta = debido a: SERVICIO NO PERTINENTE USUARIO A LA FECHA NO REGISTRA INCAPACIDAD CONTINUAS NI PROLONGADA QUE = PERMITA LA EMISION DE CONCEPTO DE REHABILITACION. – PARA TRAMITES PERDIDA = DE CAPACIDAD LABORAL (PCL) LE SUGERIMOS DIREGIRSE (SIC) AL FONDO DE PENSIONES = PARA DICHO TRAMITE / IR (SIC)”*

7. Que la EPS FAMISANAR, desconoce el criterio del médico tratante al negarse a otorgar la cita de valoración con medicina laboral para la emisión de concepto de rehabilitación; así mismo, desconoce la situación de discapacidad actual de mi mandante.

8. Que el 05 de abril de 2022, fue valorada nuevamente por su médico

tratante, la cual ordenó la remisión para consulta de primera vez a consulta por genética médica, participación en junta médica por neurología y cita con Epileptólogo.

9. Que es sujeto de especial protección por parte del Estado, por ende, la accionada vulnera sus derechos fundamentales al negar la autorización para la cita de valoración con medicina laboral para la emisión de concepto de rehabilitación, valoración que se encuentra ordenada por su médico tratante y, que, a su vez, es necesaria para que el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., inicie el proceso de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral.

10. Que suscribió un crédito hipotecario con el Fondo Nacional del Ahorro, encontrándose imposibilitada para pagar las cuotas, a pesar de ello, dicho crédito se encuentra respaldado por una Póliza de vida de Positiva Compañía de Seguros, que establece en caso de Invalidez del tomador su cubre la totalidad de la obligación.

2.- Lo Pretendido.

A través de la presente acción constitucional la actora pretende:

“PRIMERO: Que se TUTELE a la señora SABDY JOHANA PEREZ LOPEZ, los derechos fundamentales a “la seguridad social, mínimo vital, vida digna, salud, debido proceso”, vulnerado por la entidad accionada FAMISANAR EPS

SEGUNDO: Que se le ORDENE a FAMISANAR EPS, que agende la cita para valoración por medicina laboral para emitir concepto de rehabilitación, la cual se encuentra debidamente prescrita por su médico tratante.

TERCERO: Atendiendo a las facultades extra y ultra petita del Juez constitucional se TUTELE cualquier derecho fundamental que resulte probado en el decurso de la acción constitucional.”

3.- La Actuación.

La demanda de tutela correspondió por reparto al Juzgado Quinto Civil Municipal de esta ciudad, quien la admitió en auto de fecha 06 de mayo de

2022.

Posteriormente, en providencia adiada 19 de mayo hogaño, se profirió el respectivo fallo de instancia, empero, por auto del 05 de julio pasado decretó la nulidad de lo actuado a partir de dicho pronunciamiento para vincular a Positiva Compañía de Seguros.

Renovada la prenotada actuación, el 15 de julio de 2022, se profirió nuevamente el fallo de instancia, negando las pretensiones formuladas en la solicitud de amparo.

4.- Intervenciones

Advierte el Despacho que se recibieron informes junto con sus anexos de Enfeter S.A.S., Cafam IPS, Secretaría Distrital de Salud, Adres, Superintendencia Nacional de Salud, Famisanar EPS, Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, IPS Colsubsidio, Fondo Nacional del Ahorro, Ministerio de Salud y Protección Social, Colmena Seguros y Riesgos Laborales.

5.- La Providencia de Primer Grado

El Juez a-quo negó el amparo solicitado por considerar que (...) *“En el caso bajo estudio Sabdy Johana Pérez López solicita a través de la acción de tutela, la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, vida digna, salud, debido proceso, los cuales considera vulnera la EPS accionada, con ocasión de su negativa a no agendar la cita para valoración por medicina laboral para emitir concepto de rehabilitación. La entidad accionada en su contestación indicó que “la usuaria pertenece al RÉGIMEN SUBSIDIADO por lo que no es procedente la realización de VALORACIÓN POR MEDICINA LABORAL”.*

Bajo ese escenario, si bien se encuentra probado que la accionante padece de “EPILEPSIA FOCAL REFRACTARIA DE PROBABLE ORIGEN FRONTAL DERECHO” y “EPILEPSIA Y SINDROMES EPILEPTICOS IDIOPA”, lo cierto es que la EPS accionada con su actuar no vulnera los derechos fundamentales de la promotora.

Lo anterior, puesto que se probó que la quejosa se encuentra afiliada al régimen subsidiado de salud, en el cual no se expiden incapacidades, comoquiera que no existe el derecho a recibir una prestación económica derivada de una incapacidad temporal por enfermedad de origen común. Como consecuencia de ello, la EPS no puede emitir el concepto deprecado.”

6.- La Impugnación.

Inconforme con la decisión de primer grado la accionante procedió a su impugnación argumentando (...) *“el concepto desfavorable de rehabilitación es un documento requerido por parte de la A.F.P. PORVENIR S.A., para iniciar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral ante la referida Administradora de Fondos de Pensiones. Igualmente, tal y como quedó demostrado en el plenario mandante requiere de la emisión del concepto desfavorable de rehabilitación, además, cuenta con remisión a medicina laboral por parte de su médico tratante Neuróloga.*

(...)

Así las cosas, es clara la obligación que existe para la E.P.S. FAMISANAR S.A.S., para emitir el concepto de rehabilitación, así como autorizar y agendar la cita para valoración con medicina laboral, independiente si mi mandante se encuentra afiliada al régimen contributivo o subsidiado, pues de los documentos aportados con el escrito de tutela se tiene demostrado la remisión del médico tratante Neuróloga EGLET SOFIA ROA, indicando la necesidad y pertinencia de dicha valoración, y, teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente respecto al criterio científico del médico tratante, éste es el profesional idóneo para realizar dicha solicitud, sin que la EPS pueda negarse a la prestación del servicio. Asimismo, resulta necesario hacer la salvedad que, no se pretende con la demanda de tutela que la E.P.S. FAMISANAR S.A.S., genere incapacidades laborales a mi mandante como erróneamente se indica en la Sentencia de 1ra instancia, sino que emitan concepto el concepto de rehabilitación de mi mandante, para ello se requiere que autoricen y agenden la cita para valoración por medicina laboral, misma que cuenta con orden emitida por parte del galeno adscrito a la EPS. Por todo lo anterior, lo que se busca con la presente acción constitucional es que la EPS, emita concepto de rehabilitación, pues la orden emitida fue por parte de la Neuróloga EGLET SOFIA ROA, quien remitió para valoración por medicina laboral a mi mandante, documento requerido por parte de la A.F.P. PORVENIR S.A., para iniciar el proceso de calificación a mi mandante y, eventualmente se estudie la posibilidad de algún derecho pensional en favor de la señora PEREZ LOPEZ.

(...)

Igualmente, mi mandante en razón de sus patologías y su imposibilidad de laborar se encuentra inmersa en el grupo de sujetos de especial protección constitucional”

CONSIDERACIONES

1.- La Competencia.

Este juzgado es competente para conocer de la presente impugnación del fallo de primera instancia, conforme lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

2.- Problema Jurídico Por Resolver.

De los hechos narrados en el escrito de impugnación, corresponde a esta sede constitucional determinar si a partir de los reparos expuestos por el extremo actor resulta dable revocar el fallo proferido por el *a quo* y conceder el amparo de los derechos fundamentales invocados o sí, por el contrario, procede su confirmación.

3.- Procedencia de la Acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona cuenta con la acción para reclamar ante los jueces, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad.

4.- Del principio de subsidiariedad

Conforme con lo señalado por la Corte Constitucional, la presente acción preferente y sumaria sólo resulta procedente cuando se han agotado los medios de defensa que el legislador ha dispuesto en cada caso particular o los mismos no resultan idóneos para la protección del derecho reclamado, en tal sentido dicha corporación mediante sentencia T-471 de 2017 dispuso:

“Esta Corporación estableció que, por regla general, la acción de tutela procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley. Adicionalmente, la Corte señaló que no se puede abusar del amparo constitucional ni vaciar de competencia a la jurisdicción ordinaria, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito, toda vez que éste no ha sido consagrado para reemplazar los medios judiciales dispuestos por el Legislador para tales fines.

Posteriormente, en las sentencias T-373 de 2015 y T-630 de 2015, estableció que, si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, el afectado debe agotarlos de forma principal y no utilizar directamente la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia.

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, existen algunas excepciones al principio de subsidiariedad que harían procedente la acción de tutela. La primera de ellas es que se compruebe que el mecanismo judicial ordinario diseñado por el Legislador no es idóneo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; y la segunda; que “siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela”

El Caso en Concreto.

Teniendo en cuenta que la accionante ejerce la acción constitucional a través de su apoderado judicial, para que por parte de Famisanar EPS, se le conceda una cita con la especialidad de medicina laboral y de esta manera le sea expedido el correspondiente concepto de rehabilitación, se establece la legitimación en la causa, tanto por activa, como por pasiva, así como, en principio, la procedencia del mecanismo excepcional en la medida que se enuncia la vulneración de las garantías fundamentales aquí reclamadas.

Descendiendo al caso objeto de estudio, resulta del caso precisar que, si bien, la accionante puede ser considerada como una persona de especial protección por parte del Estado, con ocasión de la patologías que padece (*“epilepsia focal refractaria de probable origen frontal derecho” y “epilepsia y síndromes epilépticos idiopáticos”*), lo cierto del caso es que, existen ciertos procedimientos que se encuentran sujetos a una serie de requisitos de obligatoria observancia y que incluso, ni el juez constitucional a través de las especiales facultades que le han sido otorgadas tanto por el legislador, como por vía jurisprudencial, puede soslayar a efectos de conceder lo solicitado.

Conforme con lo anterior y sin el objeto de pasar por alto la orden emitida por el médico tratante, observa el Despacho que a la accionante no le fue autorizada la solicitud de valoración por medicina laboral para proferir el correspondiente concepto de rehabilitación, como quiera que según lo

indicado por Famisanar EPS, en misiva adiada 28 de abril de 2022¹, *“debido al cambio en el modelo de atención en medicina laboral, en este momento no se asigna cita con medicina laboral toda vez que los procesos que requieren los usuarios, se realiza haciendo peritaje a la historia clínica del paciente. En atención a su comunicado es importante aclarar que el concepto de rehabilitación debe emitirse entre el día 90 y 120 de incapacidad continua para dar inicio a los trámites ante el respectivo fondo de pensiones en que se encuentre afiliado el usuario, esto de acuerdo a la normatividad legal vigente, (...)Por lo anterior haciendo una revisión de su caso en nuestra base de datos, se evidencia que a la fecha la afiliada SABDY JOHANA PEREZ LOPEZ no cuenta con incapacidades radicadas en el sistema que superen 90 días consecutivos, por lo cual, no es procedente emitir concepto de rehabilitación.”.*

Así las cosas, resulta dable colegir que al margen de la orden proferida por el médico tratante, para que sea dable iniciar el proceso de pérdida de capacidad laboral y la correspondiente expedición del concepto de rehabilitación deviene necesario, en principio, cumplir con lo preceptuado en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, el cual reza *“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 manera que si revisada la historia clínica de la accionante no se encontraron los tiempos de incapacidad requeridos por la referida disposición para tal fin, no le es posible a esta juzgadora determinar que dentro del presente asunto Famisanar EPS y/o cualquier otra de las entidades llamadas al protocolo hubiesen incurrido en vulneración de los derechos fundamentales invocados por la accionante.

Del mismo modo, como quiera que de lo actuado en el expediente se observa que más allá del ámbito constitucional, el conflicto suscitado entre la accionante y la accionada se circunscribe específicamente a un tema de tipo legal, se evidencia que el juez de tutela no es el llamado a dirimir tal situación, toda vez que para tal fin el legislador previó las acciones correspondientes en la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral, las cuales resultan ser idóneas, si en cuenta se tiene que no se acreditó dentro del presente asunto el acaecimiento de un perjuicio irremediable con las características de urgencia e inminencia que se requieren para que por esta

¹ Folio 62 del escrito de tutela

vía preferente y sumaria puedan adoptarse determinaciones que de suyo le corresponden al juez natural de la causa.

Por lo aquí expuesto, habrá de confirmarse la providencia de fecha 15 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Bogotá.

DECISIÓN

En virtud a lo expuesto, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley y mandato constitucional,

RESUELVE

Primero: CONFIRMAR la providencia de fecha 15 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Civil Municipal de esta ciudad, pero por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

Segundo: NOTIFICAR la presente decisión personalmente, por telegrama, o cualquier otro medio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero: COMUNICAR telegráficamente la presente decisión al Juzgado de origen.

Cuarto: REMITIR el expediente a la honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión, cumplido lo anterior.

NANCY LILIANA FUENTES VELANDIA

Juez

Firmado Por:

Nancy Liliana Fuentes Velandia

Juez

Juzgado De Circuito

Civil 005

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: **9f044c484f06a0c5751dfce33e2b6d23625fd17bfc6fbb17a1f6b4f397c0c38b**

Documento generado en 26/08/2022 09:40:31 AM

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