

JUZGADO VEINTISIETE CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D. C. Junio treinta de dos mil veintiuno.

Ref: tutela No. 2021-426 de ERIKA BERNAL GONZALEZ contra EPS FAMISANAR.

Segunda Instancia

Procede el Despacho en esta instancia a decidir la impugnación que formuló la parte accionante, contra el fallo de tutela de junio 8 de 2021, proferido por el Juzgado 43 Civil Municipal de esta ciudad, dentro de la **ACCION DE TUTELA** arriba referenciada.

1°. ANTECEDENTES.

Pretende la accionante obtener la protección de los derechos fundamentales a la dignidad, mínimo vital que indica están siendo vulnerados por la entidad accionada.

El aquí accionante en síntesis arguye como fundamentos de la pretensión: que tiene 43 años de edad, soltera sin hijos, que padece enfermedad renal degenerativa, progresiva y crónica, que se encuentra en terapia de reemplazo renal, desde el año 2000 con diálisis peritoneal permanente.

Señala que se encuentra afiliada a la Eps Famisanar como cotizante, primero como empleada y actualmente como independiente, pagando salud a eps Famisanar y pensiones a Colpensiones. Que recibió el 15 de abril de 2021, certificado de incapacidades de Famisanar donde le informan que le van a pagar tres incapacidades y que debe radicar certificado de cuenta bancaria, lo que inmediatamente se hizo y hasta la fecha no le han pagado ninguna incapacidad. Dice que el mismo certificado le indica que no le van a pagar cuatro incapacidades, lo cual es absurdo por cuanto es cotizante y nunca ha sido morosa.

Refiere que recibió concepto desfavorable el 18 de marzo de 2020, por parte del comité de medicina laboral de eps famisanar para iniciar los tramites ante Colpensiones, obteniendo una calificación

de 52.70% de pérdida de capacidad laboral y que actualmente esta tramitando la pensión de invalidez.

Manifiesta que esta sufriendo un grave detrimento en su salud y se ha visto afectada en lo económico, ya que su único ingreso es el subsidio por incapacidad.

Solicita que a través de este mecanismo se amparen sus derechos fundamentales y se le paguen las incapacidades existentes, y las que se sigan generando a su nombre.

Por haber correspondido el conocimiento de la tutela al Juzgado 43 Civil Municipal de esta ciudad, previo reparto, fue admitida mediante providencia de mayo 25 de 2021, donde se dispuso oficiar a la parte accionada para que, se pronunciara sobre los hechos materia de la tutela y se ordeno vincular a la Administradora Colombina de Pensiones Colpensiones, Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - Ministerio de Salud y Protección Social, Junta Regional de Calificación de Invalidez y Junta Nacional De Calificaciones.

El extremo pasivo, hizo uso del derecho de defensa dando respuesta a la petición de tutela y exponiendo los motivos que la sustentan así:

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL

Indica que con relación con los hechos descritos en la tutela, debe señalarse que al Ministerio no le consta nada de lo dicho por la parte accionante, el Ministerio de Salud y Protección Social no tiene dentro de sus funciones y competencias la prestación de servicios médicos ni la inspección, vigilancia y control del sistema de salud, sólo es el ente rector de las políticas del Sistema General de Protección Social en materia de salud, pensiones y riesgos profesionales, razón por la cual desconocemos los antecedentes que originaron los hechos narrados y por ende las consecuencias sufridas.

Dice que se opone a todas y cada una de las pretensiones formuladas, en tanto el Ministerio de Salud y Protección Social no ha violado ni amenaza violar derecho fundamental alguno.

FAMISANAR EPS

Da respuesta indicando que La señora ERIKA BERNAL GONZALEZ identificada con cédula de ciudadanía 80407885, cuenta con 421 días de incapacidad del 12/06/2001 al 03/07/2020, de los cuales: • Presenta incapacidad del 30/01/2020 al 03/07/2020 total 152 días, de los cuales las incapacidades del 30/01/2020 al 02/05/2020 se encuentran Negadas (No cumple con 4 semanas cotizadas), pues registra un retiro el 23/01/2020 con la empresa NIT 860048182, ultimo aporte febrero por 29 días y vínculo laboral en calidad de Independiente desde el 03/03/2020, primer aporte marzo por 30 días , registra interrupción en la afiliación con derecho a prestaciones desde el 03/05/2020.

Señala que las incapacidades entre el 03/05/2020 al 03/07/2020 se encuentran liquidadas a favor de la cotizante.

Manifiesta que la señora Cuenta con Concepto de Rehabilitación Desfavorable el 18/03/2020 y recibido por la Administradora del Fondo de Pensiones – Colpensiones el 05/05/2020 y en relación con el pago se permite indicar que Famisanar EPS no ha vulnerado ni puesto en peligro derecho fundamental alguno de la accionante, ya que el ordenamiento jurídico señala que el reconocimiento de incapacidades se efectuará siempre y cuando exista como mínimo cuatro semanas de cotización ininterrumpidas anteriores a la fecha en que se cause la incapacidad. Lo anterior, atendiendo a lo consagrado en el Decreto 780 de 2016.

Dice que En cuanto a la petición de pago de incapacidades se permite indicar que esta no resulta ser viable, es evidente que la misma corresponde a una petición de carácter Estrictamente Patrimonial, y de ninguna forma se relaciona con la violación de un derecho fundamental como la salud o la vida. La acción de tutela no es un mecanismo de resarcimientos patrimoniales, por cuanto, en primer lugar, es un procedimiento de condiciones especiales; y en segundo lugar, en el ordenamiento jurídico existen mecanismos alternativos para ventilar este tipo de pretensiones. A la presente acción de tutela no concurre la primerísima condición para su procedibilidad, como lo es LA VIOLACION DE UN DERECHO FUNDAMENTAL, por cuanto la petición es UNICAMENTE DE CARÁCTER PATRIMONIAL y no tiene relación con alguna violación que pretenda reclamar el accionante.

COLPENSIONES

Señala Que, verificados los sistemas de información de Colpensiones se pudo establecer lo siguiente: • Reposa en radicado 2020_4623084 de 5 de mayo de 2020, remisión por parte de

FAMISANAR EPS, de Concepto de Rehabilitación (CRE) con pronóstico DESFAVORABLE a nombre de la accionante. • Por ser procedente, una vez fue recibido el Concepto de Rehabilitación (CRE) con pronóstico DESFAVORABLE, esta Administradora calificó la pérdida de capacidad laboral de la señora ERIKA BERNAL GONZALEZ.

Dice que Con base en el FORMULARIO DE CALIFICACION DE LA PERDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL Y OCUPACIONAL No. DML: 3976681 de 3 de agosto de 2021, la señora ERIKA BERNAL GONZALEZ, presentó solicitud de reconocimiento de pensión de invalidez el día 11 de mayo de 2021, bajo el radicado 2021_5378629, solicitud ante la cual, esta Administradora se encuentra dentro de los términos previstos por la Ley para emitir una respuesta de fondo. • Que, verificados los mismos sistemas de información indicados, no obra solicitud alguna relacionada con reconocimiento y pago de subsidios por incapacidad, razón por la cual, esta Administradora se encuentra imposibilitada materialmente para emitir un pronunciamiento al respecto, por lo que, en el evento que las incapacidades sean posteriores a 180 días (ya que se desconoce el número de incapacidades prorrogadas totales hasta la fecha), es indispensable allegar los documentos requeridos para el reconocimiento y pago del subsidio económico por incapacidades.

JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE BOGOTA Y CUNDINAMARCA.

En la respuesta indica que Revisando las bases de datos de los casos que reposan en esa Junta Regional de Bogotá y Cundinamarca, se observa que NO EXISTE solicitud ni calificación efectuada a nombre de la accionante para resolver controversia contra presunta calificación emitida por Colpensiones.

Que La presente Acción de Tutela va encaminada al reconocimiento de prestaciones económicas que corresponde a las entidades del sistema de seguridad social, circunstancias ajenas a las competencias de las Juntas de Calificación de Invalidez que no es otra que a través de un procedimiento técnico especializado realizar la calificación en primera instancia cuando la entidad de seguridad social que califica en primera oportunidad realice la remisión del caso con la controversia presentada en término y los requisitos mínimos legales exigidos en el decreto 1072 de 2015, en consecuencia, NO le corresponde pronunciarse con respecto a lo pretendido con la acción. Solicita se le desvincule.

JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ

Dice que Se observa claramente que las pretensiones presentadas por parte de la señora Erika en la presente acción de tutela NO están dirigidas a esa entidad, están encaminadas en contra de la EPS referente al pago de incapacidades, lo que deja claro que en estos aspectos la Junta Nacional, no tiene ninguna injerencia. Por lo expuesto anteriormente, se permite solicitar respetuosamente al Señor Juez se declare IMPROCEDENTE, la respectiva acción de tutela, y se DESVINCULE a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez teniendo en cuenta que para el caso se considera que esa entidad no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante; además se deja claro que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez es independiente de las Entidades del Sistema General de Salud y de los empleadores y por ende estas deben brindarles la respuesta a los requerimientos radicados en su dependencia.

ADRES

Refiere que NO es función de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, el pago de incapacidades inferiores a 540 días, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esta Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad.

Solicita NEGAR el amparo invocado por la accionante en lo que tiene que ver con la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor, y en consecuencia DESVINCULAR a la Entidad del trámite de la presente acción constitucional.

El Juzgado 43 Civil Municipal de Bogotá, mediante sentencia de junio 8 de 2021 negó el amparo solicitado, siendo impugnado el fallo por el accionante.

2°. CONSIDERACIONES DE SEGUNDO GRADO.

La Constitución Nacional en su artículo 86 estableció la acción de tutela, a fin de que toda persona pueda reclamar en todo tiempo y lugar, mediante un procedimiento breve y sumario la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en casos excepcionales.-

El artículo 13 de nuestra Constitución preceptúa que: todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Se considera que, la discriminación se reflejaría en el trato dado a determinada persona, y desequilibrado en cuanto a libertades y oportunidades respecto de las demás.

Sobre lo pedido en tutela, la Corte Constitucional ha definido el **mínimo vital** como aquella porción del ingreso que tiene por objeto cubrir las necesidades básicas como alimentación, salud, educación, recreación, servicio públicos domiciliarios, etc. “Por ello, la misma jurisprudencia ha entendido que el concepto de mínimo vital no sólo comprende un componente cuantitativo, la simple subsistencia, sino también uno cualitativo, relacionado con el respecto a la dignidad humana como valor fundamental del ordenamiento constitucional” Así, se tiene que la falta absoluta de este ingreso básico sitúa al ciudadano en una circunstancia excepcional, la cual no da espera a que se agote un largo proceso laboral ante la inminencia de un perjuicio irremediable, entendido como la imposibilidad manifiesta de cubrir sus necesidades mínimas y las de su núcleo familiar dependiente.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha advertido que el mínimo vital se presume afectado, cuando: “(...) la suspensión en el pago del salario se prolonga indefinidamente en el tiempo, de tal suerte que se coloca al trabajador y a su familia en una situación económico crítica que afecta sus derechos fundamentales y hace necesaria la intervención rápida y eficaz del juez de tutela para restablecer su goce, correspondiéndole al demandado la demostración de que el peticionario de la tutela cuenta con otros ingresos o recursos, con los cuales pueda atender necesidades primarias y las de sus familias”.

Debido a la naturaleza jurídica de esta acción, la Corte Constitucional ha reiterado que, en principio, la acción de tutela no es

la vía judicial apropiada para lograr el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, como las incapacidades, pues se ha considerado que las controversias de carácter litigioso deben ser resueltas en la jurisdicción ordinaria, toda vez que existen otras vías judiciales para reclamar tales derechos y no es el juez constitucional la autoridad judicial competente para ello.

No obstante, la Corte ha sostenido que, de manera excepcional, es procedente la acción tutela para reclamar prestaciones sociales, si se verifican unos supuestos como: (i) que la tutela sea presentada para evitar un perjuicio irremediable, (ii) que la falta de reconocimiento de una prestación social vulnere algún derecho fundamental como la vida, la dignidad humana o el mínimo vital y que (iii) la negativa del reconocimiento se origine en actuaciones que por su contradicción con los preceptos legales y constitucionales desvirtúen la presunción de legalidad de las actuaciones de la administración pública o sea evidentemente arbitraria en caso de que sea un particular quien preste este servicio público.

Respecto del pago de las incapacidades laborales, debidamente ordenadas por el médico tratante del trabajador, se debe señalar que éste resulta ser un medio para garantizar la debida recuperación de la salud del trabajador (Art. 49 de la Constitución), dado que le permiten cumplir con las medidas de reposo ordenadas por su médico tratante, sin que tal situación afecte su subsistencia ni la de las personas que dependan de él.

En el caso presente se tiene, que en efecto la peticionaria ERIKA BERNAL GONZALEZ, no hizo los aportes correspondientes a las últimas cuatro semanas para la fecha en que se dieron las incapacidades, es decir desde el 30 de enero del 2020 al 2 de mayo del 2020, no presento prueba alguna del pago de esas cotizaciones durante dicho periodo, por lo que no hay lugar a que se conceda la tutela en este aspecto, ya que no cumple con los requisitos exigidos para ordenar el pago.

Igualmente debe tenerse en cuenta para negar el amparo solicitado, que no se cumple con el requisito procedimental de inmediatez toda vez que está solicitando el pago de incapacidades desde enero de 2020, es decir dejo transcurrir mas de un año para acudir a este mecanismo, por lo que el requisito de **inmediatez**, exige que el ejercicio de la acción de **tutela** debe ser oportuno, es decir, dentro de un término y plazo razonable, pues **la tutela**, por su propia naturaleza constitucional, busca la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales y por ello la petición ha de

ser presentada dentro de un marco temporal razonable respecto de la ocurrencia de la amenaza o violación de los derechos fundamentales.

La alta corporación ha precisado que existen eventos en los cuales es posible que el juez de tutela pueda desatar de fondo controversias relacionadas con el reconocimiento de incapacidades médicas, dependiendo de las circunstancias del caso, toda vez que dicha prestación podría ser el único sustento de las personas en situación de discapacidad para garantizar para sí mismos y para su familia un mínimo vital y una vida digna. Fundamentos éstos que no pueden ser aplicados en este caso, por las razones ya esbozadas.

De lo narrado en tutela, de las pruebas aportadas y lo dicho por la Corte Constitucional no hay duda que el fallo que en vía de impugnación se ha estudiado debe confirmarse, ya que no es procedente ordenar el pago de las incapacidades cuando no se hicieron las cotizaciones durante el periodo ya indicado, amen de no haberse presentado la acción constitucional dentro de un termino razonable, ya que transcurrió mas de un año de la causación del perjuicio, sin haberse justificado.

Por estas razones es que el fallo que en vía de impugnación se ha estudiado debe confirmarse ya que no amerita revocatoria ni nulidad alguna.

3°.- CONCLUSIÓN.

Con sustento en lo anteriormente considerado y razonado, se confirmara el fallo materia de impugnación, mediante el cual se nego la tutela.-

4°.- DECISIÓN DE SEGUNDO GRADO.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Veintisiete Civil del Circuito de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Primero: Confirmar en todas sus partes la sentencia de tutela proferida por el Juzgado 43 Civil Municipal de Bogotá, de fecha 8 de junio de 2021.

Segundo: Notifíquesele a las partes este fallo por el medio más expedito.

Tercero: Envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE
La Juez.

MARIA EUGENIA FAJARDO CASALLAS.

Firmado Por:

MARIA EUGENIA FAJARDO CASALLAS
JUEZ

**JUEZ - JUZGADO 027 DE CIRCUITO CIVIL ESCRITURAL DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA
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: **9f172618e106907ba02e70b05d611ae6508b91c5453d0d2fd97d63b4b348993a**

Documento generado en 30/06/2021 06:42:05 AM