



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO 4º ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá D.C., 3 de junio de 2020

REFERENCIA: 110013334-004-2020-00077-00
CONTROVERSIA: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: AURA ALICIA DUQUE PÉREZ
ACCIONADOS: BATALLÓN DE INTENDENCIA Nº 1 LAS JUANAS- EJÉRCITO NACIONAL- E.P.S. FAMISANAR S.A.S.- COLPENSIONES
VINCULADO: JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ D.C. Y CUNDINAMARCA

SENTENCIA DE TUTELA

Procede el Despacho a decidir la acción de tutela presentada por la ciudadana AURA ALICIA DUQUE PÉREZ, en contra del BATALLÓN DE INTENDENCIA Nº 1 LAS JUANAS- EJÉRCITO NACIONAL- E.P.S. FAMISANAR S.A.S. - COLPENSIONES, en la que solicita la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, dignidad humana, salud, vida, igualdad y petición.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA DE TUTELA:

1. PRETENSIONES:

La señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ solicitó al Despacho amparar sus derechos fundamentales en los siguientes términos:

“II. PETICION

2.1. Se TUTELEN los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, dignidad humana, igualdad y derecho de petición y demás que se encuentran amenazados y vulnerados por parte de (sic) BATALLON DE INTENDENCIA Nro. 1 LAS JUANAS NIT 830.039.548-4, EPS FAMISANAR S.A.S y ADMINISRADORA (sic) COLOMNIANA (sic) DE PENSIONES - COLPENSIONES, al no recibir el pago de las incapacidades desde el 21 de septiembre de 2018 y no dar respuesta efectiva a mis peticiones frente al tema, generandome (sic) un perjuicio irremediable a mi (sic) y a mi familia, quienes les ha tocado soportar una carga económica que no pueden afrontar.

2.2. Se ORDENE a (sic) BATALLON DE INTENDENCIA Nro. 1 LAS JUANAS NIT 830.039.548-4, EPS FAMISANAR, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de manera inmediata el reconocimiento y pago de las siguientes incapacidades:

2.2.1. Del 21 de septiembre de 2018 hasta el 20 de octubre de 2018, correspondiente a 30 días.

2.2.2. Del 22 de octubre de 2018 hasta el 20 de noviembre de 2018, correspondiente a 30 días.

2.2.3. Del 21 de noviembre de 2018 hasta el 05 de diciembre de 2018, correspondiente a 15 días.

2.2.4. Del 06 de diciembre de 2018 hasta el 20 de diciembre de 2018, correspondiente a 15 días.

2.2.5. Del 21 de diciembre de 2018 hasta el 04 de enero de 2019, correspondiente a 15 días.

2.2.6. Del 08 de enero de 2019 hasta el 22 de enero de 2019, correspondiente a 15 días.

2.2.7. Del 23 de enero de 2019 hasta el 06 de febrero de 2019, correspondiente a 15 días.

2.2.8. Del 08 de febrero de 2019 hasta el 22 de febrero de 2019, correspondiente a 15 días.

2.2.9. Del 25 de febrero de 2019 hasta el 11 de marzo de 2019, correspondiente a 15 días.

2.2.10. Del 12 de marzo de 2019 hasta el 26 de marzo de 2019, correspondiente a 15 días.

2.2.11. Del 28 de marzo de 2019 hasta el 11 de abril de 2019, correspondiente a 15 días.

2.2.12. Del 12 de abril de 2019 hasta el 26 de abril de 2019, correspondiente a 15 días.

2.2.13. Del 02 de mayo de 2019 hasta el 16 de mayo de 2019, correspondiente a 15 días.

2.2.14. Del 17 de mayo de 2019 hasta el 31 de mayo de 2019, correspondiente a 15 días.

2.2.15. Del 05 de junio de 2019 hasta el 19 de junio de 2019, correspondiente a 15 días.

2.2.16. Del 21 de junio de 2019 hasta el 05 de julio de 2019, correspondiente a 15 días.

2.2.17. Del 08 de julio de 2019 hasta el 17 de julio de 2019, correspondiente a 10 días.

2.2.18. Del 19 de julio de 2019 hasta el 28 de julio de 2019, correspondiente a 10 días.

2.2.19. Del 31 de julio de 2019 hasta el 01 de agosto de 2019, correspondiente a 2 días.

2.2.20. Del 02 de agosto de 2019 hasta el 31 de agosto de 2019, correspondiente a 30 días.

2.2.21. Del 01 de septiembre de 2019 hasta el 30 de septiembre de 2019, correspondiente a 30 días.

2.2.22. Del 01 de octubre de 2019 hasta el 30 de octubre de 2019, correspondiente a 30 días.

2.2.23. Del 31 de octubre de 2019 hasta el 29 de noviembre de 2019, correspondiente a 30 días.

2.2.24. Del 30 de noviembre de 2019, hasta el 01 de diciembre de 2019, correspondiente a dos días.

2.2.25. Del 02 de diciembre de 2019 hasta el 08 de diciembre de 2019, correspondiente a 7 días.

2.2.26. Del 16 de diciembre de 2019 hasta el 25 de diciembre de 2019, correspondiente a 10 días.

2.2.27. Del 26 de diciembre de 2019 hasta el 30 de diciembre de 2019, correspondiente a 5 días.

2.2.28. Del 31 de diciembre de 2019 hasta el 9 de enero de 2020, correspondiente a 10 días.

2.2.29. Del 10 de enero de 2020 hasta el 14 de enero de 2020, correspondiente a 5 días.

2.2.30. Del 15 de enero de 2020 hasta el 24 de enero de 2020, correspondiente a 10 días.

2.2.31. Del 25 de enero de 2020 hasta el 26 de enero de 2020, correspondiente a 2 días.

2.2.32. Del 27 de enero de 2020 hasta el 25 de febrero de 2020, correspondiente a 30 días.

2.2.33. Del 26 de febrero de 2020 hasta el 26 de marzo de 2020, correspondiente a 30 días.

2.2.34. Las demás que se generen en adelante hasta la fecha de resolución de pensión de invalidez.

2.3. Se ordene que en adelante se paguen las incapacidades hasta tanto Colpensiones asigne pensión por invalidez.

2.4. Se ordene a Colpensiones, Junta Regional o Junta Nacional se emita resolución de pérdida (sic) de capacidad teniendo en cuenta la historia clínica reciente, las recomendaciones medicas (sic) y la calificación de la EPS" (Negrilla fuera de texto) (fols. 4 y 5 del archivo "ESCRITO TUTELA Nro. 2020-00077")

2. HECHOS:

La solicitud de amparo se apoya en los hechos que se resumen a continuación:

2.1. La accionante refirió que era cabeza de hogar con un hijo menor a cargo. El 1 de enero de 2007 esa ciudadana suscribió un contrato laboral con el BATALLÓN DE INTENDENCIA Nro. 1 LAS JUANAS para operar máquinas de costura. La ciudadana refirió estar afiliada en salud a la E.P.S. FAMISANAR S.A.S. y en pensiones a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -

COLPENSIONES. La actora alegó que en el año 2010 tuvo una hemorragia cervical C2 a C7¹ y en el 2017 una resección de angioma cavernoso en C2.

2.2. La señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ manifestó que su enfermedad le ocasionó dificultad de movimiento e incapacidades por más de 540 días. La accionante relató que el 3 de abril de 2017 la E.P.S. FAMISANAR S.A.S. emitió, en su caso, un dictamen de pérdida de capacidad laboral y ocupacional con un valor final de 58.58%. Pese a lo anterior, la parte actora adujo que el 14 de junio de 2018 COLPENSIONES modificó no solo su pérdida de capacidad laboral a 46.79% sino también la fecha de estructuración a 3 de abril de 2018.

2.3. La accionante refirió que la calificación anterior se apeló y por ello la Junta Regional de Calificación de Invalidez determinó en 47.5% la pérdida de capacidad laboral. La ciudadana AURA ALICIA DUQUE PÉREZ señaló que a partir del “día 540” radicó las incapacidades con el empleador para que este las tramitara. La parte actora recalcó que desde el 21 de septiembre de 2018 ninguna de las accionadas le pagó sus incapacidades pese a las solicitudes de reconocimiento.

3. TRÁMITE DE LA TUTELA

3.1. La señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ radicó acción de tutela el 19 de mayo del 2020 correspondiéndole su conocimiento a este Despacho Judicial (Acta individual de reparto).

3.2. El Despacho avocó conocimiento de esa acción con providencia del 19 de mayo del 2020 y ordenó notificar la acción al BATALLÓN DE INTENDENCIA N° 1 LAS JUANAS, al EJÉRCITO NACIONAL, a la E.P.S. FAMISANAR S.A.S., a COLPENSIONES y a la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ D.C. Y CUNDINAMARCA. Además, el funcionario judicial le solicitó a las accionadas que ejercieran su derecho a la defensa a través de la presentación de un informe escrito sobre los hechos fundamento de la tutela, el cual debían rendir en el término de dos (2) días.

3.3. La E.P.S. FAMISANAR S.A.S. y COLPENSIONES presentaron el reporte que solicitó este Despacho con ocasión de la acción de tutela.

4. INFORME DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

4.1. E.P.S. FAMISANAR S.A.S.

La entidad solicitó al Juez Constitucional declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con respecto a esa entidad prestadora de salud. La accionada mencionó que presta servicios a la paciente con base en las órdenes expedidas por los médicos tratantes. La E.P.S. FAMISANAR S.A.S. recalcó que la señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ

¹ Anatomía de la columna cervical (cuello): La columna cervical comienza en la base del cráneo. Siete son las vértebras que componen la columna cervical, además de ocho pares de nervios cervicales. Cada vértebra cervical se denomina C1, C2, C3, C4, C5, C6 y C7. Los nervios cervicales también se abrevian desde C1 hasta C8... C1: cabeza y cuello C2: cabeza y cuello C3: Diafragma C4: Músculos de la parte superior del cuerpo (por ejemplo, deltoides, bíceps) C5: Extensores de la muñeca C6: Extensores de la muñeca C7: Tríceps C8: Manos (<https://www.spineuniverse.com/espanol/anatomia/anatomia-columna-cervical-cuello>).

cotizó como dependiente durante el periodo de la incapacidad reclamada.

La accionada señaló que la usuaria cuenta con 1.234 días de incapacidad² y continua de 1035 días³. Además, la E.P.S. agregó que la accionante cumplió 180 días⁴ y 540 días⁵ de incapacidad. La entidad prestadora de salud determinó que el 7 de julio de 2017 emitió concepto de rehabilitación (CRH) favorable y que la Administradora de Fondos de Pensiones y de Cesantías (AFP) lo recibió el 12 de julio de 2017.

La E.P.S. FAMISANAR S.A.S. precisó que la incapacidad de la accionada sufrió interrupción por más de 30 días (Del 27 de marzo de 2020 al 19 de mayo de 2020). La accionada recordó que al empleador le corresponde allegar la documentación necesaria para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general posteriores al día 540. La E.P.S. adujo que el valor del auxilio por incapacidad está contenido en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo.

La E.P.S. aseguró que el empleador tenía derecho a solicitarle el reembolso del pago reconocido al trabajador en la nómina con ocasión de la incapacidad⁶. La accionada recalcó que los valores reconocidos en estas condiciones los cobraría a la Subcuenta de Compensación del Fondos de Solidaridad y Garantía. La entidad requerida subrayó que como la accionante era cotizante dependiente, el empleador debía pagarle su incapacidad para que con posterioridad este pudiera pedir a la E.P.S. el correspondiente reembolso.

La E.P.S. FAMISANAR S.A.S. consideró que la tutela era improcedente, en la medida en que la señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ no demostró afectación a su mínimo vital ni un perjuicio irremediable. Del mismo modo, la entidad sostuvo que la tutela era improcedente, en tanto la misma carecía del requisito de inmediatez. Así mismo, la E.P.S. resaltó que la solicitante tenía otro medio de defensa, dado que la justicia ordinaria laboral permitía resolver conflictos suscitados entre las entidades de seguridad social y sus afiliados.

4.2. COLPENSIONES:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES pidió al Despacho declarar la carencia actual de objeto por hecho superado, en la medida en que respondió la solicitud de la actora. COLPENSIONES manifestó que respondió la petición que el 4 de julio de 2018⁷ presentó la accionante con reparos frente al primer dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral. La administradora accionada precisó que para tramitar esta inconformidad debió pagar los respectivos honorarios a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D. C. y Cundinamarca mediante oficio ML- H2483 del 5 de febrero de 2019.

² Del 7 de abril de 2010 al 29 de mayo de 2020.

³ Del 3 de abril de 2017 al 26 de marzo del 2020.

⁴ El 3 de octubre de 2017.

⁵ El 4 de octubre de 2018.

⁶ Artículo 28 de la Ley 1438 de 2011, artículo 2.2.3.1 del Decreto 780 de 2016 y artículo 48 de la Resolución 2266 de 1998.

⁷ En otro apartado del informe presentado COLPENSIONES aseguró que el 16 de agosto de 2018 la accionante solicitó revocar el dictamen del 16 de mayo de 2018 que determinó una pérdida de capacidad laboral de 46.79%, estructurada el 3 de abril de 2018, con origen común.

COLPENSIONES señaló que podía reconocer la pensión hasta cuatro (4) meses después de que el peticionario radicara una solicitud con ese propósito⁸. La administradora subrayó que al Juez de tutela en materia pensional le correspondía verificar los plazos establecidos para dar una respuesta al derecho de petición⁹. La accionada puntualizó que otorgaría el subsidio por incapacidad al afiliado: (i) si este padecía una enfermedad de origen común; (ii) tenía una incapacidad continua que superara los 180 días y (iii) contaba con un concepto favorable de rehabilitación de la E.P.S.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES citó un concepto del 21 de mayo de 2015 que emitió el Ministerio de Salud. En dicha directriz, la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) puede postergar la calificación de invalidez, hasta por 360 días calendario, adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal reconocida por la E.P.S. En el evento anterior, el subsidio a otorgar será equivalente a la incapacidad que se venía percibiendo.

4.3. BATALLÓN DE INTENDENCIA Nº 1 LAS JUANAS:

El batallón solicitó al Despacho acceder a las pretensiones de la accionante y ordenar a la E.P.S. FAMISANAR S.A.S. o a COLPENSIONES reconocer y pagar el subsidio por incapacidad de la accionante. La unidad determinó que vinculó a la accionante como trabajadora oficial desde el 1 de enero de 2007 para que se desempeñará como operaria. La accionada agregó que la señora AURA ALICIA DUQUE PERÉZ esta incapacitada permanentemente desde el 3 de abril de 2017.

La dependencia accionada informó que suscribió con la accionante prórroga de su contrato de trabajo para la vigencia 2020. Así mismo, el batallón destacó que realizó los pagos de afiliación a Salud y Pensiones de la accionante junto con sus prestaciones sociales. La unidad resaltó que el 20 de marzo de 2019 radicó una petición ante COLPENSIONES para lograr el reconocimiento y pago de la incapacidad de la trabajadora.

El batallón accionado determinó que la respuesta de la administradora de pensiones se limitó a remitir el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral. La accionada destacó que radicó las incapacidades ante la E.P.S. sin lograr que las mismas le fueran pagadas a la accionante.

5. INFORME DEL ORGANISMO VINCULADO:

La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca planteó su desvinculación de la presente acción, al considerar no haber vulnerado ningún derecho fundamental. El organismo vinculado aclaró que en esa junta regional no existían otros procesos recientes de calificación de la señora AURA ALICIA DUQUE PERÉZ, y aclaró que el proceso de evaluación de las condiciones actuales de salud de la accionante se regía por el procedimiento contenido en el artículo 2.2.5.1.53 del Decreto 1072 de 2015. La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca manifestó que ninguna de las partes presentó recursos de reposición y/o apelación en contra del dictamen Nro. 51931527 del 17 de octubre de 2019. Por lo tanto, la calificación del diagnóstico trastorno de discos cervical con mielopatía (origen: común),

⁸ Artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-556 de 22 de agosto de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

con una pérdida de capacidad laboral del 47.50% y fecha de estructuración 2 de agosto de 2019 se encuentra en firme. La junta accionada consideró que cualquier controversia que se suscite en torno al referido dictamen debía ser dirimida por la justicia laboral ordinaria (artículo 2.2.5.1.42 del Decreto 1072 de 2015).

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. PROBLEMA JURÍDICO

El Despacho debe determinar si el BATALLÓN DE INTENDENCIA N° 1 LAS JUANAS- EJÉRCITO NACIONAL- E.P.S. FAMISANAR S.A.S.- COLPENSIONES vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, dignidad humana, salud, vida, igualdad y petición de la señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ, al presuntamente: (i) dejar de pagarle las incapacidades laborales por enfermedad común desde el 21 de septiembre de 2018 hasta cuando se le asigne pensión por invalidez; y, (ii) no resolver la inconformidad que presentó la accionante en contra de su calificación de pérdida de capacidad laboral.

2. PRUEBAS RECAUDADAS

En el expediente obran los siguientes elementos de prueba:

2.1. El 3 de abril de 2017 la E.P.S. FAMISANAR S.A.S. estructuró la pérdida de capacidad laboral y ocupacional de la señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ a través del dictamen DML 4164049 por origen común en 58.58%. En este documento constó que la ciudadana tenía vinculación laboral con el BATALLÓN DE INTENDENCIA N° 1 LAS JUANAS (Anexo 8 escrito tutela 2020-00077 fol. 1)

2.2. El 7 de julio de 2017 la E.P.S. FAMISANAR S.A.S. emitió el concepto médico para remisión a la Administradora de fondo de Pensiones (AFP) de que trata el artículo 142 del Decreto Ley 0019 de 2012 para la señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ, por el diagnóstico: "TUMOR DE COMPORTAMIENTO INCIERTO O DESCONOCIDO DE LA MÉDULA ESPINAL D434 MALFORMACIÓN ARTERIOVENOSA DE LOS VASOS PRECEREBRALES Q280", patología de origen común con un pronóstico favorable (Anexo 1 contestación FAMISANAR EPS)

2.3. El 16 de mayo del 2018 COLPENSIONES generó el dictamen DML- 2899 de pérdida de capacidad laboral y ocupacional de la señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ por concepto final del 46.79%, con fecha de estructuración del 3 de abril de 2018 y origen común. En la evaluación se hizo constar que la accionante era empleada del BATALLÓN DE APOYO Y SERVICIOS (Contestación Batallón Las Juanas fols. 39 y 45 junto con el anexo 9 escrito tutela 2020-00077 fols. 3 a 9).

2.4. El 17 de mayo de 2018 el comandante del Batallón de Intendencia N° 1 "Las Juanas" presentó la petición con radicado Nro. 2018_5603988 ante COLPENSIONES. La comunicación sirvió para solicitar a la AFP la pérdida de capacidad laboral de la señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ para la patología: tumor maligno de colon, parte no especificada (Contestación Batallón Las Juanas fols. 24 y 25).

2.5. El 14 de junio de 2018 la Directora de Atención y Servicio de COLPENSIONES emitió la comunicación para la notificación por aviso a la señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ del dictamen DML- 2899 del 16 de mayo

del 2018. En este oficio se hizo constar que contra esa decisión procedía "manifestación de inconformidad" que debía interponerse dentro de los 10 días hábiles siguientes a la notificación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 (Anexo 9 escrito tutela 2020-00077 fols. 1 y 2).

2.6. El 6 de julio de 2018 el comandante del Batallón de Intendencia N° 1 "Las Juanas" pidió a través del radicado Nro. 2018_7059736 ante COLPENSIONES la pérdida de capacidad laboral de la señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ para la patología: tumor de comportamiento incierto o desconocido de la médula espinal D434 malformación arteriovenosa de los vasos precerebrales Q280 (Contestación Batallón Las Juanas fols. 22 y 23).

2.7. El 29 de noviembre de 2018 el comandante del Batallón de Intendencia N° 1 "Las Juanas" presentó la petición con radicado Nro. 2018_15202070 ante COLPENSIONES. En esta misiva se requirió a la AFP suministrar la pérdida de capacidad laboral de la señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ (Contestación Batallón Las Juanas fols. 35 y 36).

2.8. El 21 de diciembre de 2018 el comandante del Batallón de Intendencia N° 1 "Las Juanas" presentó la petición con radicado Nro. 2018_16196288 ante COLPENSIONES. La comunicación sirvió para solicitar a la AFP la pérdida de capacidad laboral de la señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ (Contestación Batallón Las Juanas fols. 33 y 34).

2.9. El 18 de marzo de 2019 la Directora de Medicina Laboral (A) de COLPENSIONES comunicó a la señora Aura Alicia Duque Pérez que pagó los honorarios a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca. Así ese organismo podría resolver la inconformidad planteada por la ciudadana frente al dictamen DML2899 del 16 de mayo de 2018 que calificó su pérdida de capacidad laboral en 46.79%, por origen común y estructurada el 3 de abril de 2018 (Anexo 4 Contestación COLPENSIONES).

2.10. El 20 de marzo de 2019 el comandante del Batallón de Intendencia N° 1 "Las Juanas" radicó la petición Nro. 2019_4092903 ante COLPENSIONES. El propósito de ese oficio era solicitar a la AFP la pérdida de capacidad laboral de la señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ (Contestación Batallón Las Juanas fols. 51 a 53).

2.11. El 8 de abril de 2019 la Directora de Medicina Laboral (A) de COLPENSIONES informó al comandante del Batallón de Intendencia N° 1 "Las Juanas", en respuesta al radicado Nro. 2019_4091896 del 28 de marzo de 2019 que esa Administradora emitió el dictamen DML-2899 del 16 de mayo de 2018. La evaluación de la señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ determinó un 46.79% de pérdida de capacidad, con origen común y fecha de estructuración 3 de abril de 2018. COLPENSIONES estableció que ese dictamen estaba en firme y ejecutoriado, puesto que la accionante no había presentado manifestación de inconformidad (Contestación Batallón Las Juanas fols. 37 y 38) (Anexo 5 de la contestación de COLPENSIONES)

2.12. El 19 de septiembre del 2019 E.P.S. FAMISANAR S.A.S. emitió la certificación para adquisición de derechos a beneficios por parte de los discapacitados. La E.P.S. evaluó a la señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ de 50 años de edad, determinó una discapacidad física profunda de más del 50% que limita su movilidad. Los diagnósticos soporte de la calificación

fueron parapleja espástica y monopleja del miembro superior¹⁰ (Anexo 2 escrito tutela 2020-00077 fol. 1).

2.13. El 17 de octubre de 2019 la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca emitió el dictamen 51931527, con la siguiente conclusión: “Se trata de paciente quien requirió resección quirúrgica de angioma cavernoso alojado en C2 hasta C7... No hay monopleja... DIAGNOSTICO CON CIE10: (M500) TRASTORNO DE DISCO CERVICAL CON MIELOPATIA (G99.2*)... PORCENTAJE DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL 47.5%” (Anexo 10 escrito tutela 2020-00077)

2.14. El 16 de marzo del 2020 E.P.S. FAMISANAR S.A.S. certificó que la señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ se encontraba con afiliación activa a esa entidad como primer cotizante. La fecha de activación de servicios era el 24 de diciembre de 2006 (Anexo 1 escrito tutela 2020-00077 fol. 1)

2.15. El 20 de mayo de 2019 el Centro Médico Calle 63 de Colsubsidio atendió por primera vez en una consulta por psiquiatría a la señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ. En este documento se hizo constar que era operaria de maquinaria plana, incapacitada desde hacía 2 años y que era madre de 2 hijos de 28 y 18 años de edad (Anexo 2 escrito tutela 2020-00077 fol. 1)

2.16. El 25 de febrero de 2019¹¹, el 2 de mayo de 2019¹², el 5 de agosto de 2019¹³ la Directora de Atención y Servicio (A) de la oficina seccional A Bogotá Sur de COLPENSIONES emitió comunicaciones dirigidas a la señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ como respuesta a los radicados Nros. 2019_2550933 del 25 de febrero de 2019, 2019_5704917 del 2 de mayo de 2019, 2019_10555045 del 5 de agosto de 2019 (Tipos de trámite: medicina laboral-determinación del subsidio por incapacidades). COLPENSIONES le informó en estos oficios a la ciudadana que el trámite de subsidio por incapacidad que esta inició se absolvería en los términos de ley¹⁴ (Anexo 7 escrito tutela 2020-00077 fols. 4, 6 y 8).

2.17. El 26 de marzo del 2020 E.P.S. FAMISANAR S.A.S. certificó que la señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ registra incapacidades desde el 3 de abril de 2017. (Anexo 6 escrito tutela 2020-00077). En esta constancia sobresale:

Nro. con.	Fecha inicial	Fecha final	Cód. Diag.	Nro. Días incap.	Nro. Días pago	Estado	Causal Negación
-----------	---------------	-------------	------------	------------------	----------------	--------	-----------------

¹⁰ El análisis médico determinó que se trataba de: “PACIENTE CON SECUALS (SIC) MOTORES Y SENCIVAS (SIC) SECUNDARIAS A RESECCIÓN DE ANGIOMA CAVERNOSA DE C2 A C7 DADAS POR DISMINUCIÓN DE FUERZA EN MIEMBRO SUPERIOR IZQUERDO (SIC) Y PARAPLEJIA ESPASTICA DE MMII QUE REQUIERE MANEJO POR FISIATRIA DE FORMA PERMANENTE CURSANDO CON SINDROME DOLOROSO, HEMICUERPO IZQUIERDO EN MANEJO CON MODULARES POR CLÍNICA DEL DOLOR, SE CONSIDERA QUE LA PACIENTE REQUIERE DE POTNCIALES (SIC) EVOCADOS DADO QUE EXISTE UNA LESION POST QUIRURGICA CLARA QUE EXPLICA LOS SIGNOS Y SINTOMAS, CONSIDERA QUE URSA (SIC) CON DISCAPACIDAD MOTORA Y SESITIVA (SIC) PERMANETE (SIC) CON TRASTORNO AFECTIVO SECUNDARIO EN MANEJO POR PSIQUIATRIA” (Negrilla fuera de texto)(Anexo 2 escrito tutela 2020-00077 fol. 1)

¹¹ Anexo 7 escrito tutela 2020-00077 fol. 8.

¹² Anexo 7 escrito tutela 2020-00077 fol. 6.

¹³ Anexo 7 escrito tutela 2020-00077 fol. 4.

¹⁴ “...si ya se han reconocido y pagado incapacidades hasta por 360 días con este fondo de pensiones, debe solicitar una cita para calificar su pérdida de capacidad laboral...toda vez que no es procedente el reconocimiento de incapacidades posteriores a la fecha mencionada. No obstante incapacidades posteriores a 360 días con esta administradora y 540 días acumulados (con la EPS), deben ser reconocidas por su EPS según señala el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015...”

19	21/09/2018	20/10/2018	D434	30	0	Negada	Usuario presenta incapacidades continuas que superan los 180 días, debe ser tramitada ante la Administradora de Fondo de Pensiones. Artículo 227 del Código Sustantivo Laboral. Artículo 142 Decreto 019 de 2012
20	22/10/2018	20/11/2018	D434	30	0	Radicada	Usuario con incapacidad prolongada (540)
21	21/11/2018	05/12/2018	D434	15	0	Radicada	Usuario con incapacidad prolongada (540)
22	06/12/2018	20/12/2018	D434	15	0	Radicada	Usuario con incapacidad prolongada (540)
23	21/12/2018	04/01/2019	D434	15	0	Radicada	Usuario con incapacidad prolongada (540)
24	08/01/2019	22/01/2019	D434	15	0	Radicada	Usuario con incapacidad prolongada (540)
25	23/01/2019	06/02/2019	D434	15	0	Radicada	Usuario con incapacidad prolongada (540)
26	08/02/2019	22/02/2019	D434	15	0	Radicada	Usuario con incapacidad prolongada (540)
Nro. con.	Fecha inicial	Fecha final	Cód. Diag.	Nro. Días incap.	Nro. Días pago	Estado	Causal Negación
27	25/02/2018	11/03/2019	D434	15	0	Radicada	Usuario con incapacidad prolongada (540)
28	12/03/2019	26/03/2019	D434	15	0	Radicada	Usuario con incapacidad prolongada (540)
29	28/03/2019	11/04/2019	D434	15	0	Radicada	Usuario con incapacidad prolongada (540)
30	12/04/2019	26/04/2019	D434	15	0	Radicada	Usuario con incapacidad prolongada (540)
31	02/05/2019	16/05/2019	D434	15	0	Radicada	Usuario con incapacidad prolongada (540)
32	17/05/2019	31/05/2019	G819	15	0	Radicada	Usuario con incapacidad prolongada (540)
33	05/06/2019	19/06/2019	D434	15	0	Radicada	Usuario con incapacidad prolongada (540)
34	21/06/2019	05/07/2019	D434	15	0	Radicada	Usuario con incapacidad prolongada (540)
35	08/07/2019	17/07/2019	D434	10	0	Radicada	Usuario con incapacidad prolongada (540)
36	19/07/2019	28/07/2019	D434	10	0	Radicada	Usuario con incapacidad prolongada (540)
37	31/07/2019	01/08/2019	D434	2	0	Negada	Los dos (2) primeros días de incapacidad son a cargo del empleador, no genera reconocimiento por parte de la EPS. Decreto 2943 de 2013.
38	02/08/2019	31/08/2019	D434	30	0	Radicada	Usuario con incapacidad prolongada (540)
39	01/09/2019	30/09/2019	D434	30	0	Radicada	Usuario con incapacidad prolongada (540)
40	01/10/2019	30/10/2019	D434	30	0	Radicada	Usuario con incapacidad prolongada (540)
41	31/10/2019	29/11/2019	D434	30	0	Radicada	Usuario con incapacidad prolongada (540)
42	02/12/2019	08/12/2019	D434	7	0	Radicada	Usuario con incapacidad prolongada (540)
43	16/12/2019	25/12/2019	D434	10	0	Radicada	Usuario con incapacidad prolongada (540)
44	31/12/2019	09/01/2020	D434	10	0	Radicada	Usuario con incapacidad prolongada (540)

45	15/01/2020	24/01/2020	D434	10	0	Radicada	Usuario con incapacidad prolongada (540)
46	27/01/2020	25/02/2020	G821	30	0	Radicada	Usuario con incapacidad prolongada (540)
47	26/02/2020	26/03/2020	G821	30	0	Radicada	Usuario con incapacidad prolongada (540)

2.18. El 20 de mayo del 2020 E.P.S. FAMISANAR S.A.S. certificó que la señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ registra incapacidades desde el 7 de abril de 2010 hasta el 29 (sic) de mayo del 2020. (Anexo 3 contestación FAMISANAR). En este documento se destaca:

Nro. con.	Fecha inicial	Fecha final	Cód. Diag.	Nro. Días incap.	Nro. Días pago	Estado	Causal Negación
29	21/09/2018	04/10/2018	D434	14	0	Negada	Usuario presenta incapacidades continuas que superan los 180 días, debe ser tramitada ante la Administradora de Fondo de Pensiones. Artículo 227 del Código Sustantivo Laboral. Artículo 142 Decreto 019 de 2012
Nro. con.	Fecha inicial	Fecha final	Cód. Diag.	Nro. Días incap.	Nro. Días pago	Estado	Causal Negación
30	05/10/2018	20/10/2018	D434	16		Negada	Usuario presenta incapacidades continuas que superan los 180 días, debe ser tramitada ante la Administradora de Fondo de Pensiones. Artículo 227 del Código Sustantivo Laboral. Artículo 142 Decreto 019 de 2012
58	26/02/2020	26/03/2020	G821	30	0	Radicada	Usuario con incapacidad prolongada (540)
59	20/05/2020	29/05/2020	G821	10	0	Radicada	Usuario con incapacidad prolongada (540)

2.19. El Batallón de Intendencia Nº 1 Las Juanas prorrogó el contrato de trabajo, como operaria de la señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ para la vigencia 2020 (Acta colectiva Nro. 201901/149) (Contestación Batallón Las Juanas fols. 61 y 62).

3. GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción constitucional aparece contenida en el artículo 86¹⁵ de la Constitución Política. A su turno, los artículos 5 y 6 del Decreto 2591 de 1991

¹⁵ Artículo 86: Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y

establecen que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas y de los particulares. La tutela tiene como propósito garantizar los derechos constitucionales fundamentales de las personas en aquellos eventos en los cuales estos se encuentren amenazados o violados de forma inminente y grave.

En todo caso, la acción de tutela procede siempre que no exista otro mecanismo legal idóneo y eficaz para la garantía efectiva del derecho fundamental. No obstante, en algunos eventos la tutela puede ser interpuesta para evitar un perjuicio irremediable, pese a que en el ordenamiento este consagra una acción ordinaria para abordar el caso específico. Finalmente, el funcionario judicial debe resaltar el trámite informal, preferente y sumario de esta acción constitucional.

4. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

El artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 establece las causas por las cuales no es procedente acudir a la acción de tutela:

"Artículo 6. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante..."

Entonces, la acción de tutela resulta improcedente cuando exista otro medio de defensa judicial, a menos que con ella se pretenda evitar un perjuicio irremediable. En relación con este último aspecto, la Corte Constitucional en sentencia T-282 de 2012 ha establecido que dicha condición debe contener los siguientes elementos:

"En lo que hace propiamente a la procedencia de la acción como mecanismo transitorio y con el objeto de evitar un perjuicio irremediable, como lo ha venido acuñando la jurisprudencia de esta Corporación, cuando el ciudadano interpone la acción de tutela, como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, este tiene la carga de probar, aunque sea sumariamente, la existencia de un perjuicio que: (i) sea inminente, es decir que produzca, de manera cierta y evidente, la amenaza de un derecho fundamental; (ii) imponga la adopción de medidas urgentes para conjurarlo; (iii) amenace gravemente un bien jurídico que sea importante en el ordenamiento jurídico y; (iv) dada su urgencia y gravedad, imponga la impostergabilidad del amparo a fin de garantizar el restablecimiento del orden social justo en toda su integridad, pues, de lo contrario, la acción se torna improcedente.

Sólo excepcionalmente, empero, esta Corte ha considerado que, el juez de tutela puede no exigir la demostración del perjuicio irremediable cuando el tipo de reclamo que se formula permite razonablemente presumir que existe afectación gravosa de

directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

derechos fundamentales y, en esa medida, corresponde es a la entidad demandada desvirtuar la referida presunción. De esta forma, en principio es una carga de los accionantes exponer las razones por las cuales están sufriendo un perjuicio irremediable o por qué el medio judicial ordinario no es eficaz para proteger sus derechos fundamentales, por lo que deben, al menos, mencionar los hechos que le permitan al juez deducir su existencia de una u otra condiciones de la acción de tutela”

En consecuencia, la parte accionante tendrá que probar así sea sumariamente que se trata de un perjuicio inminente que implique la adopción de medidas urgentes, que amenace gravemente un bien jurídico y que dada su urgencia y gravedad sea impostergable el amparo de sus derechos.

5. LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO

La seguridad social es un servicio público y un derecho constitucional fundamental irrenunciable, reconocido como tal en convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano (artículos 48 y 49 de la Carta Política), aunque su protección por vía de tutela solo procede cuando:

“... (i) adquiere los rasgos de un derecho subjetivo; (ii) la falta o deficiencia de su regulación normativa vulnera gravemente un derecho fundamental al punto que impide llevar una vida digna; y (iii) cuando la acción satisface los requisitos de procedibilidad exigibles en todos los casos y respecto de todos los derechos fundamentales”¹⁶.

En consecuencia, el amparo a la seguridad social como derecho fundamental procede cuando se trata de una prerrogativa individual, o si se está en un caso concreto ante una ausencia o deficiencia de regulación que impide tener una vida digna, o cuando el amparo requerido cumple con todos los requisitos de procedibilidad de la acción.

El artículo 48 de la Carta Política reconoce en la seguridad social una doble condición, en la medida en que establece que es un derecho irrenunciable que se garantiza a todos los habitantes del territorio nacional y un servicio público de carácter obligatorio prestado, bajo la dirección del Estado, a través de entidades públicas o privadas que se desarrolla con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Así, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la seguridad social es el conjunto de medidas institucionales que procuran brindar las garantías necesarias para amparar riesgos sociales.

6. EL DERECHO A LA SALUD

La jurisprudencia constitucional durante muchos años estableció que por regla general, la acción de tutela no era el medio para pretender la protección del derecho a la salud, a menos que el Juez Constitucional acudiendo al criterio de la conexidad pudiera determinar su prevalencia, por encontrarse íntimamente ligado con un derecho de naturaleza

¹⁶ Sentencia T-164/13.

subjetiva, como la vida o la integridad personal. Solo en éste evento, el derecho a la salud podía transmutarse y ser susceptible de protección inmediata mediante acción tutela.

No obstante, dicha posición paulatinamente cambio, de tal forma que de acuerdo a jurisprudencia más reciente se ha indicado que el derecho a la salud por su estrecho vínculo con el derecho a la vida digna, debe ser considerado como un derecho fundamental autónomo por sí mismo y, en consecuencia, es obligación de las entidades prestadoras del servicio de salud garantizarlo desde el punto de vista material, con el fin de hacer realidad los valores y principios constitucionales¹⁷.

La Corte Constitucional reconoció que el derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, en lo individual y en lo colectivo¹⁸, susceptible de amparo a través de acción de tutela. Tal reconocimiento fue ratificado por la Ley Estatutaria de Salud (Ley 1751 de 2015), la cual consagra la salud como un derecho fundamental autónomo, garantiza su prestación, lo regula y establece sus mecanismos de protección. Por tanto, el amparo es procedente en los casos en que se evidencie que por fallas en la prestación del servicio de salud se lesione la dignidad humana de la persona o se afecte a un sujeto de especial protección constitucional.

7. TÉRMINOS PARA CONTESTAR PETICIONES

El derecho de petición se encuentra consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política con carácter fundamental y ha sido desarrollado en la Ley 1755 de 2015. El artículo 13 de la norma en cuestión establece que:

"Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución completa y de fondo sobre la misma."

El artículo 14 de la misma legislación señala los términos para dar contestación a las peticiones presentadas por los particulares así:

"Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.

2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

¹⁷ Sentencias SU-043 de 1995, SU-508 de 2001, SU-057 de 2003 y T-760 de 2007.

¹⁸ Sentencia C-313 de 2014.

Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto”.

La norma en cita permite determinar que por regla general una petición debe resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción, sin embargo cuando se trate de solicitudes de documentos y de información las mismas tendrán que absolverse en diez (10) días. Además, si el objeto de la petición hace referencia a una consulta, esta deberá ser resuelta dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

En todo caso, si las autoridades no pueden resolver las solicitudes que se les presenten dentro de los plazos establecidos en la ley, así deberán informarlo al peticionario y proceder a contestar en un plazo no mayor al doble del inicial.

La Corte Constitucional de tiempo atrás estableció en la sentencia T-661 de 2010 que el núcleo esencial del derecho de petición implica:

“Esta corporación ha señalado el alcance del derecho de petición y ha manifestado que la respuesta a una solicitud debe cumplir los siguientes parámetros: (i) ser pronta y oportuna; (ii) resolver de fondo, de manera clara, precisa y congruente la situación planteada por el interesado; (iii) y finalmente, tiene que ser puesta en conocimiento del peticionario. El incumplimiento de cualquiera de estos ingredientes conllevará a la vulneración del goce efectivo de la petición, lo que en términos de la jurisprudencia conlleva a una infracción seria al principio democrático.”

Lo anterior implica que para no considerar que se vulnera el derecho fundamental de petición, la solicitud debe ser contestada de fondo dentro de los términos previstos legalmente, de manera clara, precisa y congruente y en todo caso la respuesta dada debe ponerse en conocimiento del peticionario.

8. LAS INCAPACIDADES LABORALES

Las personas tienen derecho a que se les reconozca el pago de la incapacidad laboral por enfermedad de origen común. El beneficiario podrá sustituir su salario con ese beneficio mientras permanezca retirado de sus labores por causa de un padecimiento debidamente certificado¹⁹.

La figura de la incapacidad se encuentra consagrada en el artículo 206 de la Ley 100 de 1993 así:

*“Artículo 206. Incapacidades. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, **el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general**, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el*

¹⁹ T-161 de 2019.

cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto” (Negrilla fuera de texto).

De igual manera, el Decreto 2463 del 2001 determinó que -previo concepto favorable de recuperación- la Administradora de Fondos de Pensiones y de Cesantías (AFP) se encuentran facultadas para postergar la calificación de pérdida de la capacidad laboral hasta por 360 días posteriores a los 180 que estén a cargo de las E.P.S. En ese evento, las AFP debían otorgar un subsidio equivalente a la incapacidad que disfrutaba el trabajador como lo establece el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012²⁰.

El Consejo de Estado en sentencia del 2 de junio de 2016²¹ señaló:

“De igual forma el Decreto 019 de 2012 en su artículo 142 impone a la E.P.S., la obligación de emitir concepto de recuperación antes de cumplirse los días 120 de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día 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. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva

²⁰ “Artículo 142. Calificación del estado de invalidez. El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, quedará así:

La calificación se realizará con base en el manual único para la calificación de invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, vigente a la fecha de calificación, que deberá contener los criterios técnicos-científicos de evaluación y calificación de pérdida de capacidad laboral porcentual por sistemas ante una deficiencia, discapacidad y minusvalía que hayan generado secuelas como consecuencia de una enfermedad o accidente.

(Adicionado inciso por el Artículo 18 de la Ley 1562 de 2012)

ARTÍCULO 18. Sin perjuicio de lo establecido en este artículo, respecto de la calificación en primera oportunidad, corresponde a las Juntas Regionales calificar en primera instancia la pérdida de capacidad laboral, el estado de invalidez y determinar su origen.

A la Junta de Calificación Nacional compete la resolución de las controversias que en segunda instancia sean sometidas para su decisión por las Juntas Regionales.

La calificación se realizará con base en el manual único para la calificación de invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, vigente a la fecha de calificación, que deberá contener los criterios técnicos-científicos de evaluación y calificación de pérdida de capacidad laboral porcentual por sistemas ante una deficiencia, discapacidad y minusvalía que hayan generado secuelas como consecuencia de una enfermedad o accidente (Adiciónese un inciso al artículo 142 del Decreto 19 de 2012). NOTA: La Corte Constitucional en Sentencia C-458 de 2015 declara la EXEQUIBILIDAD de la expresión "invalidez" y la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA de la expresión "minusvalía".

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejera Ponente María Claudia Rojas Lasso. Exp. 25000-23-42-000-2016-01175-01 (AC).

incapacidad temporal después de los 180 días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto”.

9. PAGO DE LAS INCAPACIDADES LABORALES

El pago de incapacidades por enfermedades de origen común está previsto en nuestro ordenamiento²² de la siguiente manera:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 y 2	Empleador	Artículo 1° del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	E.P.S.	Artículo 1° del Decreto 2943 de 2013 en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012
Día 181 hasta el 540	Fondo de Pensiones	Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012
Día 541 en adelante	E.P.S.	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

10. CASO CONCRETO

El Despacho debe determinar si el BATALLÓN DE INTENDENCIA N° 1 LAS JUANAS- EJÉRCITO NACIONAL- E.P.S. FAMISANAR S.A.S.- COLPENSIONES vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, dignidad humana, salud, vida, igualdad y petición de la señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ, al presuntamente: **(i)** dejar de pagarle las incapacidades laborales por enfermedad común desde el 21 de septiembre de 2018 hasta cuando se le asigne pensión por invalidez; y, **(ii)** no resolver la inconformidad que presentó la accionante en contra de la calificación de pérdida de capacidad laboral que elaboró la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca.

El Despacho advierte que, respecto al reconocimiento y pago de derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral, como los auxilios por incapacidad, en principio, no procede la acción tutela. Ello, por cuanto el conocimiento de ese tipo de solicitudes implica la valoración de aspectos legales y probatorios que muchas veces desborda las competencias del juez constitucional.

Sin embargo, en lo que se relaciona específicamente con el reconocimiento de incapacidades, se destaca que la Corte Constitucional²³ 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.

²² Sentencia T-246/18

²³ Sentencia T-161/19

Así la cosas, en el presente caso se destaca que la actora es madre cabeza de familia y se desempeñaba en un cargo operativo en el Batallón de Intendencia Nº 1 Las Juanas, por lo que el Despacho concluye que la solicitud de amparo es procedente, y entrará al análisis de fondo del problema jurídico planteado.

El funcionario judicial evidencia que, según lo establecido en la norma aplicable, esto es: la Ley 100 de 1993, el artículo 1 parágrafo 1 del Decreto 2943 de 2013 y en el artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, es al Empleador, a la Entidad Promotora de Salud (EPS) y a la Administradora del Fondo de Pensiones (AFP), a los que se encuentre afiliada la accionante, sobre los que recae la obligación de pagar las incapacidades médicas por enfermedades de origen común.

En el presente asunto, el Juez Constitucional observa que a la señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ se le otorgaron incapacidades del 21 de septiembre de 2018 al 29 de mayo del 2020²⁴, por presentar una enfermedad de origen común (*TRASTORNO DE DISCO CERVICAL CON MIELOPATIA*)²⁵ y que a la fecha no han sido pagadas²⁶ así:

AÑO 2018			
<i>Fecha inicial</i>	<i>Fecha final</i>	<i>Total días de incapacidad</i>	<i>Responsable de pagar la incapacidad</i>
21/09/2018	20/10/2018	30 días	EMPLEADOR (Día 1 y 2 del periodo de incapacidad, esto es, 21 de septiembre de 2018 y 22 de septiembre de 2018)
22/10/2018	20/11/2018	30 días	
21/11/2018	05/12/2018	15 días	
06/12/2018	20/12/2018	15 días	
21/12/2018	04/01/2019	15 días	
Total días de incapacidad año 2018 y fracción 2019 = 105 días			E.P.S. FAMISANAR S.A.S. (Día 3 al 105 del periodo de incapacidad, esto es, 23 de septiembre de 2018 al 4 de enero de 2019)
AÑO 2019			

²⁴ Ver anexo 6 escrito tutela Nro. 2020-00077 y anexo 3 contestación Famisanar EPS.

²⁵ Anexo 10 escrito tutela 2020-00077

²⁶ El artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, dispone: "Artículo 227. Valor de auxilio. En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el empleador le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante (...)" (subraya y negrilla fuera de texto)

08/01/2019	22/01/2019	15 días	<i>Responsable de pagar la incapacidad:</i> E.P.S. FAMISANAR S.A.S. (Día 106 al 180 del periodo de incapacidad, esto es, 8 de enero de 2019 al 26 de marzo del 2019) E.P.S. FAMISANAR S.A.S. dado que no envió el respectivo reporte a COLPENSIONES para iniciar la valoración de pérdida de capacidad laboral (Día 181 al 439 del periodo de incapacidad, esto es, 27 de marzo de 2019 al 9 de enero del 2020)
23/01/2019	06/02/2019	15 días	
08/02/2019	22/02/2019	15 días	
25/02/2019	11/03/2019	15 días	
12/03/2019	26/03/2019	15 días	
28/03/2019	11/04/2019	15 días	
12/04/2019	26/04/2019	15 días	
02/05/2019	16/05/2019	15 días	
17/05/2019	31/05/2019	15 días	
05/06/2019	19/06/2019	15 días	
21/06/2019	05/07/2019	15 días	
08/07/2019	17/07/2019	10 días	
19/07/2019	28/07/2019	10 días	
31/07/2019	01/08/2019	2 días	
02/08/2019	31/08/2019	30 días	
01/09/2019	30/09/2019	30 días	
01/10/2019	30/10/2019	30 días	
31/10/2019	29/11/2019	30 días	
02/12/2019	08/12/2019	7 días	
16/12/2019	25/12/2019	10 días	
31/12/2019	09/01/2020	10 días	
Total días de incapacidad año 2019 y fracción 2020 = 334 días			
AÑO 2020			
15/01/2020	24/01/2020	10 días	<i>Responsable de pagar la incapacidad:</i> E.P.S. FAMISANAR S.A.S. dado que no envió el respectivo reporte a COLPENSIONES para iniciar la valoración de pérdida de capacidad laboral (Día 440 al 519 del periodo de incapacidad, esto es, 15 de enero del 2020 al 29 de mayo de 2020)
27/01/2020	25/02/2020	30 días	
26/02/2020	26/03/2020	30 días	
20/05/2020	29/05/2020	10 días	
Total días de incapacidad año 2020 = 80 días			
Suma total de incapacidad 2018 a 2020= 519 días			

El material probatorio denota que a la señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ se le incapacitó entre el 23 de julio de 2018 y el 29 de mayo del 2020, lapso que equivale a 579 días en total. El Despacho advierte que la E.P.S. FAMISANAR S.A.S. no ha pagado la proporción del subsidio por incapacidad que le corresponde pese a contar con las respectivas certificaciones. Del mismo modo, el operador judicial denota que era deber del Empleador y de la E.P.S. FAMISANAR S.A.S **(i)** tramitar el pago ante COLPENSIONES del pago de las incapacidades posteriores a 180 días; y **(ii)** remitir antes del día 150 de incapacidad temporal, el concepto favorable o negativo de la señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ, a efectos de iniciar la valoración de pérdida de capacidad laboral, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012.

Al margen de que la señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ le hubiese pedido a COLPENSIONES el pago de sus incapacidades²⁷, lo cierto es que en el expediente de tutela no obra solicitud de pago de las incapacidades a COLPENSIONES por parte del EMPLEADOR o de la E.P.S. FAMISANAR S.A.S. De igual manera, en este caso, el concepto médico con pronóstico favorable que emitió la E.P.S. FAMISANAR S.A.S. el 7 de julio de 2017 atañe al diagnóstico: "TUMOR DE COMPORTAMIENTO INCIERTO O DESCONOCIDO DE LA MÉDULA ESPINAL D434 MALFORMACIÓN ARTERIOVENOSA DE LOS VASOS PRECEREBRALES Q280"(Anexo 1 contestación FAMISANAR EPS). Por lo tanto, el Juez Constitucional resalta que la EPS no emitió el pronunciamiento requerido en torno al "TRASTORNO DE DISCO CERVICAL CON MIELOPATIA" que adolece la accionante.

En ese orden, el Despacho advierte que como los primeros 150 días de incapacidad se cumplieron sin que se enviara el concepto de rehabilitación, la responsabilidad de efectuar el pago de las incapacidades de la señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ radica en la E.P.S. FAMISANAR S.A.S.

Así las cosas, al tener la accionante la condición de sujeto de especial protección constitucional²⁸ debido a la enfermedad que padece y a ser

²⁷ Radicados Nros. 2019_2550933 del 25 de febrero de 2019, 2019_5704917 del 2 de mayo de 2019, 2019_10555045 del 5 de agosto de 2019 (Tipos de trámite: medicina laboral-determinación del subsidio por incapacidades) (Anexo 7 escrito tutela 2020-00077 fols. 4, 6 y 8).

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03131-01(AC), Actor: Carlos Andrés G.C. y otros, Demandado: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A y otros: "3.3. Sujetos de Especial Protección Constitucional: La Corte Constitucional, en lo que respecta a la condición de sujetos de especial protección, la ha definido como la que ostentan aquellas personas que debido a condiciones particulares, a saber, físicas, psicológicas o sociales, merecen un amparo reforzado en aras de lograr una igualdad real y efectiva. Por esto, ha establecido que entre los grupos de especial protección se encuentran los niños, los adolescentes, los ancianos, **los disminuidos físicos**, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia, aquellas que se encuentran en extrema pobreza y "todas aquellas personas que por su situación de debilidad manifiesta se ubican en una posición de **desigualdad material con respecto al resto de la población**; motivo por el cual considera que la pertenencia a estos grupos poblacionales tiene una incidencia directa en la intensidad de la evaluación del perjuicio, habida cuenta que las condiciones de debilidad manifiesta obligan a un tratamiento preferencial en términos de acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos, a fin de garantizar la igualdad material a través de discriminaciones afirmativas a favor de los grupos mencionado".

madre cabeza de familia, se otorgará el amparo deprecado, pues de lo contrario, se desconocerían los principios de integralidad y favorabilidad del sistema de seguridad social y el derecho fundamental al mínimo vital²⁹, bajo el entendido de que las incapacidades *“son emolumentos que le permiten subsistir”*³⁰.

En consecuencia, este Despacho ordenará al Empleador y a la E.P.S. FAMISANAR S.A.S. realizar los pagos de las incapacidades, de conformidad con lo previamente expuesto. Sin embargo, debe precisarse a la señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ que aun cuando solicita el pago de incapacidades hasta que se le asigne una pensión por invalidez, lo cierto es que no es posible ordenar cancelar obligaciones que no se han causado.

Finalmente, en cuanto a la alegada vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad humana, salud, vida, igualdad y petición, el Despacho no observa en la acción de tutela que se presentó ningún argumento fáctico o de prueba que permita evidenciar o inferir un quebrantamiento en este sentido, razón por la cual se procederá a negar su protección. Nótese que la señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ no presentó recursos contra el dictamen Nro. 51931527 del 17 de octubre de 2019 que emitió la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca, en el que se concluyó que no tenía monoplejía y se determinó una pérdida de capacidad laboral del 47.50% (Anexo 10 escrito tutela 2020-00077). Por lo tanto, la calificación en cuestión se encuentra en firme y la accionante deberá solicitar una nueva valoración en caso de que su estado de salud tenga alguna variación.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial Administrativo de Bogotá D.C., Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital de la señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ.

SEGUNDO: ORDENAR al BATALLÓN DE INTENDENCIA N° 1 LAS JUANAS-EJÉRCITO NACIONAL realizar el pago de las incapacidades de la señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ que se causaron el 21 de septiembre de 2018 y 22 de septiembre de 2018, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: ORDENAR a la E.P.S. FAMISANAR S.A.S. pagar las incapacidades de la señora AURA ALICIA DUQUE PÉREZ que se causaron entre el 23 de

Lo cual encuentra su fundamento en la Constitución Política que, en los artículos 13 y 43, impone la obligación de promover condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, creando garantías para los grupos marginados” (Negrilla fuera de texto)

²⁹ La Corte Constitucional definió el mínimo vital en la sentencia T 581-A del 2011, como ese “derecho que tenemos a la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo como la alimentación, el vestuario, la salud, la educación, la vivienda y la recreación, como mecanismos para hacer realidad el derecho a la dignidad humana”.

³⁰ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “C”, Magistrado Ponente: José Élvor Muñoz Barrera, Bogotá D.C., 16 de mayo de 2019, expediente de tutela Nro. 11001-33-34-004-2018-00508-01, demandante: Martha Liliana Méndez Moncaleano y demandado: Fuerza Aérea Colombiana y PORVENIR

septiembre de 2018 y el 29 de mayo del 2020, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: EXHORTAR al BATALLÓN DE INTENDENCIA N° 1 LAS JUANAS-EJÉRCITO NACIONAL y a la E.P.S. FAMISANAR S.A.S. para que adelanten los trámites que correspondan frente a las Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías (AFP) y se puedan pagar las incapacidades por enfermedad común del día 181 al 540 en los eventos que a futuro se presenten, y en atención a la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: NEGAR el amparo de los derechos fundamentales a la dignidad humana, salud, vida, igualdad y petición, por lo expuesto en esta providencia.

SEXTO: NOTIFICAR este fallo por el medio más expedito a las partes de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SÉPTIMO: ENVIAR el expediente que conforma la presente tutela a la Corte Constitucional, para su eventual revisión, una vez se normalicen los términos judiciales³¹, de conformidad con lo reglamentado por el Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LALO ENRIQUE OLARTE RINCÓN
Juez

MYOL
Sentencia de tutela Nro. __

³¹ La Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo PCSJA20-11549 del 7 de mayo del 2020 prorrogó la suspensión de términos judiciales en el territorio nacional, desde el 11 hasta el 24 de mayo del 2020