



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTITRÉS (23) PENAL MUNICIPAL
CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ D.C.**

Juez: Luz Ángela Corredor Collazos
Radicación: 110014009023202300027
Accionante: Andrés Roberto González León
Accionado: Famisanar EPS
Motivo: Acción de tutela 1° instancia
Decisión: Tutela

Bogotá D. C., primero (01) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

1. ASUNTO

El Juzgado Veintitrés (23) Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., decide sobre la acción de tutela instaurada por ANDRÉS ROBERTO GONZÁLEZ LEÓN, a través de apoderado judicial, en protección de su derecho fundamental de petición y seguridad social, cuya vulneración le atribuye al FAMISANAR EPS.

2. HECHOS

Indicó que el 13 de agosto de 2022, radico un derecho de petición de forma presencial ante FAMISANAR EPS, del cual obtuvo respuesta el 21 de noviembre de 2022, indicándole que las incapacidades no podían cancelarse debido a que no puede pagarse simultáneamente con la prestación económica reconocida por pensión, pese a lo cual, le solicitaron allegar copia de la resolución pensional para evaluar el reconocimiento económico.

Agregó que el 12 de enero de 2023, envió copia de la resolución pensional a través del correo de la entidad de salud demanda, solicitando que se emitiera el concepto de reconocimiento económico, sin que a la fecha le hayan dado respuesta alguna.

En consecuencia, solicita la protección del derecho fundamental invocado, y ordenar remitir respuesta de fondo de la petición impetrada y acceder a reconocerle las incapacidades.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. Mediante auto del 16 de febrero de 2023, el Despacho avocó el conocimiento de la presente acción constitucional, disponiendo correr traslado de la misma a la accionada al FAMISANAR EPS, con miras a garantizar su derecho de defensa y contradicción frente a los hechos objeto de tutela, para que en el término improrrogable de un (1) día contado a partir del recibo de la respectiva notificación, se pronunciaran y allegaran los documentos que considerara pertinentes¹.

3.2. El Gerente Regional Norte de FAMISANAR EPS, en respuesta, refirió que se encuentran gestionando el trámite administrativo para dar respuesta clara y de fondo al derecho de petición radicado por el actor, razón por la cual, solicita otorgarle un tiempo razonable y prudencial debido a que no es posible suministrar y agotar todos los procedimientos administrativos dentro del tiempo otorgado por el Despacho.

Agrego que, la acción de tutela es improcedente por cuanto la conducta de su representada es legítima, ajustándose a las disposiciones legales, debido a que no existe vulneración o amenaza al derecho fundamental invocado.

3.3. Finalmente, pese a transcurrir 9 días hábiles, desde la notificación del auto que admite la tutela, demanda de tutela y sus anexos, la entidad accionada no allego información adicional.

4. CONSIDERACIONES

¹ Ver archivo 005 en cuaderno digital.



4.1. Competencia

De conformidad con las previsiones del artículo 86 de la Carta Política, en concordancia con los artículos 1º, 37 y 42 del Decreto 2591 de 1991, y el Decreto 306 de 1992, así como con el numeral 1º del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1938 de 2017, la suscrita juzgadora es competente para resolver la presente acción de tutela.

4.2. Naturaleza de la acción de tutela

El ámbito conceptual que enmarca el campo de aplicación de la acción de tutela, está dado tanto en la consagración que de ella hace nuestra Constitución Política en el artículo 86, como su desarrollo normativo en los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992 que lo reglamentan. En efecto, de esa normatividad surge esa figura jurídica, que puede definirse como una institución especial cuya finalidad es proteger los derechos y libertades fundamentales de la persona, mediante un procedimiento judicial preferente y sumario, cuando aquellos resultan vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares.

4.3. Problema jurídico a resolver

Se trata de establecer a la luz de los preceptos legales y constitucionales, si FAMISANAR EPS vulnera o amenaza con vulnerar los derechos fundamentales deprecado por ANDRÉS ROBERTO GONZÁLEZ LEÓN, al no dar respuesta el derecho de petición y concederle el reconocimiento del concepto de las incapacidades.

5. DEL CASO EN CONCRETO

Sea lo primero señalar que conforme lo establece el artículo 86² de la Carta Política, la acción de tutela es un mecanismo constitucional de carácter residual, preferente y sumario, cuyo objeto es la protección judicial inmediata de los derechos fundamentales de la persona que lo solicita directa o indirectamente, con ocasión de la vulneración o amenaza que sobre estos se ha causado por autoridades públicas o excepcionalmente por particulares; siendo un recurso que se encuentra supeditado a los requisitos de legitimidad por activa y pasiva, de inmediatez y subsidiariedad.

Para el caso en conocimiento del Despacho, se acredita la legitimación tanto por pasiva como por activa. En el entendido que, es el señor ANDRÉS ROBERTO GONZÁLEZ LEÓN, quien acude al amparo constitucional en protección de su derecho fundamental, es decir se cumple con los presupuestos del art. 10 del Decreto 2591 de 1991; al igual que FAMISANAR EPS, para ser objeto pasivo de la tutela, por cuanto se trata de una entidad incluida en el numeral 1º del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1983 de 2017³.

Al respecto, se vislumbra satisfecho el *requisito de inmediatez* por cuanto la acción de tutela se interpuso en un tiempo prudencial, dado que, entre la actuación presuntamente vulneradora del derecho del señor GONZÁLEZ LEÓN, esto es la omisión de responder el derecho de petición del 12 de enero de 2023, radicado a través de correo electrónico de la entidad accionada, transcurrieron 1 mes y 4 días al interponer la acción de tutela el 16 de febrero de los corrientes, superando los 15 días hábiles de conformidad con el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011⁴.

Frente al requisito de subsidiariedad, el accionante se encuentra en una situación de subordinación, derivado de la inexistencia de un mecanismo idóneo y efectivo para velar por la protección de su derecho fundamental invocado.

En cuanto al derecho de petición consagrado en el artículo 23 Superior, se reglamentó mediante la Ley 1755 de 2015, en la que se consignaron entre otros los términos en los que se debe plantear la petición y los criterios para que se entienda resuelta.

Así mismo debe tenerse en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que a partir de lo dispuesto en la citada Ley, estableció mediante sentencia *C-007 de 2017* el contenido de los tres⁵ elementos que conforman el núcleo esencial del derecho invocado en el presente trámite tutelar, a saber: “i) *La pronta resolución*, ii) *La respuesta de fondo* y iii) *La notificación de la decisión*.”



Señalando además que “(...) se presenta la vulneración de este derecho fundamental cuando se evidencie que no se ha otorgado respuesta dentro del término que para cada tipo de petición establece la ley, **o en aquellos casos en los que, no obstante haberse emitido la respuesta, la misma no puede ser calificada como idónea o adecuada de acuerdo con la solicitud; sin que esto último signifique que la respuesta implique acceder, necesariamente, a lo requerido.**”⁶ (negrilla fuera del texto original).

De este modo, la demanda de tutela pretende que a través de decisión judicial, se ordene responder el derecho de petición incoado por el accionante el 12 de enero de 2023, de las pruebas aportadas, se establece que en efecto en la fecha en mención, el apoderado del accionante ANDRÉS ROBERTO GONZÁLEZ LEÓN, envió el derecho de petición a través del correo electrónico de la parte accionada, este es servicioalcliente@famisanar.com.co; aspecto frente al cual no existió discusión alguna.

Bajo ese entendido, y sin mayor esfuerzo, encuentra el Despacho que se vulneró el derecho de petición del señor ANDRÉS ROBERTO GONZÁLEZ LEÓN, en virtud a que FAMISANAR EPS, supero el termino para proferir y notificar una respuesta clara, de fondo y congruente con lo solicitado por el accionante, esto es, hasta el **02 de febrero de 2023**, teniendo en cuenta que su petición se radico el 12 de enero de 2023, y la tutela se instauró el 16 de febrero del año en curso.

En ese orden, resulta desbordado el plazo mencionado, el cual debía ser atendido por la accionada para proferir la correspondiente respuesta al peticionario dentro de los 15 días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud de acuerdo con el artículo 14 de la Ley 1755 del 2015, en consecuencia, se vulneró el derecho fundamental de petición con la omisión de la parte demandada.

Por último, en consideración con la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe tenerse presente que la respuesta a un derecho de petición debe darse de fondo, es decir que al resolver la petición debe hacerse de forma clara, precisa, congruente y consecuencia con lo solicitado, sin que ello implique accederse necesariamente a lo requerido por el peticionario.

Ahora bien, el derecho fundamental a la seguridad social, este es irrenunciable y un servicio público en cabeza del Estado, protege diferentes ámbitos en la vida laboral de los trabajadores, siendo este definido por la H. Corte Constitucional, como:

“conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano”²

Así mismo, la jurisprudencia de la Alta Corporación Constitucional estableció la finalidad del derecho a la seguridad social, esbozando:

“necesaria correspondencia con los fines esenciales del Estado social de derecho como el servir a la comunidad; promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales; promover las condiciones para una igualdad real y efectiva; adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados; proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta; y reconocer sin discriminación alguna de la primacía de los derechos inalienables de la persona como sujeto, razón de ser y fin último del poder político, donde el gasto público social tiene prioridad sobre cualquier otra asignación”³

Aunado a esto, es necesario destacar que el concepto del derecho fundamental a la seguridad social, hace referencia a la totalidad de las medidas que propenden por el bienestar de la población en lo relacionado con la protección y cobertura de unas necesidades que han sido socialmente reconocidas; por ello, con respecto al contenido de este especial derecho, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 19 destacó que:

² Sentencia T-036 de 2017, reiterada en la sentencia T-043 de 2019 de la Corte Constitucional.

³ Sentencia T-628 de 2007 de la Corte Constitucional



“El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo”⁴

En materia de incapacidades de origen común, conforme con el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013, el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 y el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, el reconocimiento de las prestaciones asistenciales en mención deben ser asumidos por distintas entidades del Sistema General de Seguridad Social, a saber i) las incapacidades del día 1º y 2º están a cargo del empleador; ii) luego de este periodo, a partir del día 3º hasta el 180, el pago le corresponde a la EPS del beneficiario; iii) entre el día 181 al 540, el fondo de pensiones es el responsable de sufragar el concepto de incapacidad, siempre que la EPS haya remitido al mismo el concepto de rehabilitación, en caso de no hacerlo, le corresponde el reconocimiento a la EPS; iv) de los 541 idas en adelante, el rubro de las incapacidades estará a cargo de la EPS.

De ese modo, de los medios de prueba aportados al expediente de tutela, para el despacho está probado que al señor ANDRÉS ROBERTO GONZÁLEZ LEÓN le otorgaron once incapacidades continuas por médico tratante, luego de transcurrir los 540 días de incapacidad, en los siguientes periodos:

No. Incapacidad	Fecha de inicio	Fecha de finalización
0007850104	09/12/2020	07/01/2021
0007899123	08/01/2021	06/02/2021
0007951422	07/02/2021	08/03/2021
0007996359	09/03/2021	07/04/2021
0008051876	08/04/2021	07/05/2021
0008115302	08/05/2021	06/06/2021
0008177799	07/06/2021	06/07/2021
0008234449	07/07/2021	05/08/2021
0008302104	06/08/2021	04/09/2021
0008365887	05/09/2021	03/10/2021
0008387964	04/10/2021	02/11/2021

Si bien, el accionante radico todas las incapacidades ante la entidad promotora de salud accionada, éstas no fueron canceladas a fecha 1 de noviembre de 2021, en la cual le fue reconocida la pensión de invalidez por el Fondo de Pensiones Colpensiones; frente esta situación, resulta pertinente indicar que la fecha de estructuración⁵ de la pérdida definitiva de la capacidad laboral acaeció el 08 de abril de 2021, a partir del que es procedente el retroactivo pensional, salvo que se hayan cancelados incapacidades posteriores a la estructuración de la invalidez, pues en este caso, el retroactivo pensional se reconoce desde el último pago de la incapacidad de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 100 de 1993.

En esa línea, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido:

“Con todo, se debe tener en cuenta que si la pensión de invalidez es reconocida, esta será pagada desde la fecha de estructuración de la enfermedad de origen común, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, el cual establece que

⁴ Observación General No. 19, introducción, numeral 2 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁵ Decreto 1507 de 2014 Se entiende como la fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos. Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional.



“La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado” por lo que los pagos por incapacidades posteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad podrán ser descontados del retroactivo generado en favor del trabajador en caso de reconocerse la pensión de invalidez puesto que una y otra prestación (incapacidad y pensión) son incompatibles toda vez que ambas reconocen la imposibilidad de la persona de prestar sus servicios, la primera temporalmente y la segunda de forma definitiva, pero ambas derivadas de una misma contingencia que es la afectación en la salud del individuo.

*Ante este panorama normativo, se tiene que la pensión de invalidez sería incompatible con el pago de incapacidades por enfermedad temporal, **habiendo lugar a solo una de estas prestaciones por la afectación del estado de salud del actor**, lo que significa que no habría lugar al pago de incapacidades en los periodos que llegaren a ser cubiertos por la pensión de invalidez desde la fecha de estructuración de la enfermedad de origen común ya que de lo contrario se estaría obligando a la parte accionada a hacer dos pagos por un mismo hecho, esto es, la pérdida de la capacidad laboral del afiliado”⁶.(Negrilla y subrayado fuera del texto original)*

De ese modo, teniendo en cuenta que el actor se encuentra pensionado por invalidez y el fondo de pensiones cancelo las incapacidades hasta el 06 de enero de 2021 al completarse los 540 días de incapacidad, es claro que le corresponden solventar a FAMISANAR EPS las incapacidades superiores a los 540 días ordenadas por el médico tratante, esto es, desde el 07 de enero al 07 de abril de 2021, fecha última en la que se estructuró la enfermedad de la pérdida definitiva de la capacidad laboral del accionante, a partir la cual, empiezan a surtir los efectos retroactivos de la pensión de invalidez otorgada el 01 de noviembre de 2021, por lo que, resulta inocuo ordenar el reconocimiento de la prestación asistencial hasta el 02 de noviembre de 2021, al tratarse de dos pagos por el mismo hecho, es decir, por los conceptos de incapacidad y pensión de invalidez.

Bajo estas consideraciones, es claro que existe una vulneración al derecho fundamental de seguridad social del accionante, en cuanto FAMISANAR EPS ha omitido su deber legal de cancelar las incapacidades expedidas a favor de ANDRÉS ROBERTO GONZÁLEZ LEÓN, por lo que, no evidencia este Despacho opción diferente que disponer la tutela del derecho fundamental en cita, en consecuencia, se le ordenara a FAMISANAR EPS proceda al reconocimiento de las prestaciones asistenciales generadas a su favor del 07 de enero al 07 de abril de 2021.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO 23 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. TUTELAR el derecho fundamental de petición del señor **ANDRÉS ROBERTO GONZÁLEZ LEÓN**, por los motivos expuestos en las consideraciones de la presente decisión, en consecuencia, **ORDENAR** a **FAMISANAR EPS** que, en el **TÉRMINO IMPROPRORROGABLE DE CUARENTA Y OCHO (48) HORAS**, contados a partir de la notificación de este fallo, proceda a emitir respuesta clara, precisa, congruente y consecuencial respecto de la solicitud radicada el 12 de enero de 2023; la que deberá ser comunicada por el medio más expedito al señor **ANDRÉS ROBERTO GONZÁLEZ LEÓN**, en el mismo término.

SEGUNDO. TUTELAR el derecho fundamental de seguridad social de **ANDRÉS ROBERTO GONZÁLEZ LEÓN**, conforme con las consideraciones de este proveído, en consecuencia, **ORDENAR** a **FAMISANAR EPS** que en el **TÉRMINO IMPROPRORROGABLE DE CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** siguientes a la notificación de esta decisión, proceda a sufragar las prestaciones asistenciales generadas del 07 de enero al 07 de abril de 2021, a favor de **ANDRÉS ROBERTO GONZÁLEZ LEÓN**.

TERCERO. COMUNÍQUESE a los interesados que contra la presente decisión procede la IMPUGNACIÓN ante el inmediato superior dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la misma, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato, conforme lo preceptúa

⁶ Sentencia T-140 de 2016 de la Corte Constitucional



el inciso primero (1º) del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO. En firme la presente decisión, se **REMITIRÁ** el cuaderno original de Tutela a la Corte Constitucional, para su **EVENTUAL REVISIÓN**.

QUINTO. NOTIFÍQUESE el contenido del fallo a las partes de conformidad con lo dispuesto en los artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y Cúmplase.

Firmado Por:
Luz Angela Corredor Collazos
Juez
Juzgado Municipal
Penal 023 De Conocimiento
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: **db69498193c509aac9529eb788f42e9ddf31eb1082bf9ed6d954789585badcec**

Documento generado en 01/03/2023 05:22:59 PM

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