

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO VEINTIOCHO PENAL MUNICIPAL DE CONOCIMIENTO

Bogotá D. C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veinte (2020)

I. OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Decidir la presente acción de tutela, por **ÓSCAR NELSON AMAYA SERRANO**, en contra de **NATIONAL TRUCK SERVICE S.A.S Y FAMISANAR EPS**, por la presunta vulneración a los derechos fundamentales de petición, al mínimo vital y seguridad social.

II. HECHOS

Manifestó el accionante que inició vínculo laboral con la empresa NTS NATIONAL TRUCK SERVICE S A S a partir del día 05 de noviembre año 2008, en donde laboró como mecánico automotriz y desde el mes de junio ha venido siendo incapacitado por cuanto le fue realizada cirugía de rotura del manguito rotador del hombro derecho. Y en julio del presente año, hizo entrega de incapacidad correspondiente a ese mes a su empleador; fecha para el cual se dio por terminado el contrato laboral informándole aquel, que se encontraba en liquidación por la emergencia sanitaria del Covid 19. Indica que la empresa **NTS NATIONAL TRUCK SERVICE S A S**, envió la carta de examen de egreso respectivo para el día 21 de julio 2020, pero debido a las restricciones ordenadas por la Alcaldía y por encontrarse incapacitado, no pudo acudir a la cita, por lo que mediante petición solicitó a la empresa , la carta para el examen de egreso explicando las causas de no poder asistir al respectivo examen por la cuarentena y solicitó copia del examen de ingreso por medio electrónico, adjuntando en PDF la respuesta

de la queja de la EPS Famisanar, solicitando los anteriores documentos; pero a la fecha de incoada esta acción no ha obtenido respuesta.

Agregó que, el médico de la IPS Colsubsidio le generó la orden de calificación de medicina laboral la cual radicó por medio del correo electrónico a Famisanar EPS el día 21 de agosto 2020 en PDF, junto con la historia clínica y la fotocopia de la cédula solicitando día y hora para la respectiva calificación laboral, no obstante no ha recibido respuesta, razón por la que el 03 de octubre del 2020, nuevamente envió la solicitud, pero tampoco recibió contestación y ante una queja que formuló, le fue informado que, para la valoración requiere una documentación como examen de ingreso, egreso de la empresa y el diligenciamiento de un formato de autorización de revisión de historia clínica debidamente diligenciado.

Añadió que, entregó las incapacidades originales del mes de junio y julio de 2020 a la empresa NTS NATIONAL TRUCK SERVICE S A S, y las de los meses de agosto, septiembre y octubre 2020 a los correos de la EPS Famisanar y físicamente en la sede de Unilago, pero no le fueron pagadas y pese a que el 6 de octubre de 2020 radicó petición ante esa entidad para el pago de todas aquellas incapacidades, no lo ha recibido. Que así entonces, Famisanar EPS no ha dado respuesta a su solicitud de calificación por medicina laboral, ni al pago de las incapacidades conculcando con esa omisión sus derechos fundamentales y los de su familia por cuanto debe asumir la manutención de sus hijos menores de edad Karol Sofía y Sebastián Amaya Guerrero y de sus padres Edilma y Milciades de 72 y 87 años de edad respectivamente.

Solicitó se ordene a la empresa NTS NATIONAL TRUCK SERVICE SAS hacer la respectiva entrega del examen de ingreso y emita la orden para el respectivo examen de egreso que solicita la EPS FAMISANAR para la respectiva calificación de Origen; y se ordene a la EPS FAMISANAR pagar la incapacidad del mes de julio, agosto, septiembre y octubre de 2020; así como se programe la cita que ordeno el médico de Ortopedia para

Calificación de Origen, y la entrega del formato para autorización de la historia médica.

III. CONTESTACIÓN DE LAS PARTES ACCIONADAS

Esta instancia dio curso al diligenciamiento y conforme al procedimiento establecido en el Decreto 2591 de 1991, ordenó oficiar a las partes demandadas, a fin de establecer la certeza de la vulneración de los derechos invocados por la accionante.

NTS NATIONAL TRUCK SERVICE S.A.S

El Representante Legal - Liquidador Principal de **NTS NATIONAL TRUCK SERVICE S A S (en liquidación)**, respondió que, el accionante radicó un derecho de petición a su representada, no obstante por diferentes circunstancias administrativas, la respuesta que fue elaborada en término no fue enviada en su momento al entonces peticionario, sin embargo la misma ha sido enviada el día 12 de noviembre de 2020. a la cuenta de correo electrónico del actor y a la cuenta de correo electrónico que indicó en el libelo de la tutela de la referencia guerrerolombanajuridica@hotmail.com, tal y como consta en el correo que adjunta y en el pantallazo que allega como anexo de esta contestación.

Agregó que, con respecto a la copia del examen médico de ingreso del accionante, tal y como se observa en la respuesta a su petición, por diferentes circunstancias administrativas ajenas a la voluntad de la empresa relacionadas con el proceso de liquidación y disolución de la compañía, en este momento no es posible remitirle este documento ya que el mismo no se encuentra en sus archivos centrales, habida cuenta que para la fecha en que dicho examen médico le fue practicado al actor, esto es el año 2008, la compañía tenía contratado este tipo de servicios médicos con la IPS (Unidad Médica Diagnóstica Espinosa Gómez), diferente a la que les presta los servicios actualmente, circunstancia que ha dilatado la búsqueda de la copia del examen solicitada en la petición, ya que la compañía requirió primero, por vía electrónica, a otra IPS que anteriormente se encargaba de

este tipo de exámenes(Juan Bautista Salud Ocupacional), y ésta les respondió que su unidad médica les prestó sus servicios únicamente desde octubre de 2009 y por ende no tienen el registro deseado.

Ante ello, procedieron inmediatamente a requerir a la Unidad Médica Diagnóstica Espinosa Gómez para que les remitan la copia del examen médico de ingreso, a lo cual dicha unidad médica les respondió el día 12 de noviembre de 2020, que en el término de ocho (8) días hábiles les remitirán el documento solicitado.

Por las anteriores razones solicitó se declare improcedente la presente acción de tutela, y subsidiariamente se les otorgue un tiempo prudencial de espera para remitir la copia del examen médico de ingreso del actor a nuestra compañía, ya que una vez la Unidad Médica Diagnóstica Espinosa Gómez les entregue la copia del examen médico de ingreso, ellos se la remitirán de manera inmediata a la dirección de correo electrónico del accionante

FAMISANAR EPS

Fredy Alexander Caicedo Sierra, actuando en calidad de Director de Operaciones Comerciales, dio respuesta a la demanda de tutela y la misma se concreta en que:

El Señor OSCAR NELSON AMAYA, cuenta con 149 días de incapacidad del 02/04/2009 al 29/10/2020, de los cuales, cuenta con incapacidad continua del 30/07/2020 al 29/10/2020, por un total de 90 días, los cuales se encuentran pendientes de pago, por falta de certificado bancario del usuario.

De otro lado informa, que el usuario tiene autorizado el proceso de calificación de origen de sus patologías, y están validando el envío de correspondencia, solicitando los documentos para hacer la calificación.

Que en cuanto a la solicitud "Ordenar a la EPS FAMISANAR la entrega del formato para autorización de la historia médica", en dicha entidad no reposa historias clínicas del usuario, razón por la cual, el accionante debe solicitarla a las IPS donde se le ha prestado los servicios médicos.

Resalta que es importante tener en cuenta, que esa entidad carece de competencia conforme a lo establecido en el artículo 13° de la Resolución N°1995 de 1999, modificada por la Resolución 839 de 2017, norma que establece que la custodia de las historias clínicas de los usuarios están a cargo de los prestadores de servicios de salud que las generó en función de la atención prestada directamente por estas, es decir, las IPS contratadas por las EPS.

Solicitó se deniegue la acción de tutela con respecto a EPS FAMISANAR., al no existir prueba del derecho fundamental presuntamente vulnerado por esta entidad.

COLPENSIONES

MALKY KATRINA FERRO AHCAR, Directora (A) de la Dirección de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, respondió

Verificados los sistemas de información que tiene Colpensiones, se evidenció que el día 28/10/2020 bajo el radicado No. 2020_10943400, la EPS FAMISANAR allegó a esa Administradora Concepto de Rehabilitación -CRE-del señor OSCAR NELSON AMAYA SERRANO con pronóstico FAVORABLE.

.Que revisado el expediente administrativo del accionante, se puede observar que NO se encuentra petición presentada por el señor OSCAR NELSON AMAYA SERRANO en relación al reconocimiento y pago de incapacidades médicas, por tanto, al no haberse radicado petición esa entidad está imposibilitada para estudiar la viabilidad del reconocimiento

y pago de las mismas. Por consiguiente, el hecho vulnerador no se ha configurado en la medida en que el derecho prestacional no ha sido reclamado ante la entidad y Colpensiones no ha tenido la oportunidad de pronunciarse dentro de los términos de la ley y la jurisprudencia.

Y luego de referirse a las previsiones del Artículo 142 del Decreto 019 de 2012, señaló que del escrito y anexos de la tutela se colige que las incapacidades reclamadas por el señor OSCAR NELSON AMAYA SERRANO, son inferiores al día 180, pues aquel menciona y aporta documentos donde se observa que se le expidieron incapacidades entre el día 01/07/2020 al 27/09/2020. (Inferiores al día 180), pero la obligación de pago de incapacidades nace para ese fondo de pensiones a partir del momento en que es remitido documento CRE por parte de EPS, siempre y cuando se esté solicitando el reconocimiento de pago de periodos superiores al día 180 y hasta el día 540, y el afiliado cuente con pronóstico de recuperación favorable. Y en caso contrario que el concepto sea desfavorable dará trámite al proceso de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral, con el fin de determinar de manera definitiva la situación médica actual del afiliado.

Manifestó que la acción de tutela no es el medio para ordenar el pago de incapacidades y en consecuencia deprecó se declare la improcedencia de la presente acción.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

4.1. Problema Jurídico:

Compete al despacho establecer si procede la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales invocados por la parte actora, al no serle reconocidas y pagadas las incapacidades médicas de los meses de agosto, septiembre y octubre de 2020 y no recibir respuesta a las peticiones presentadas a la compañía NTS National Truck Service S.A.S y la EPS Famisanar.

4.2. Procedibilidad

- **Legitimación Activa**

De conformidad con el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ser ejercida i) directamente por la persona afectada o a través de representante, ii) por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales, iii) mediante agencia oficiosa cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que debe manifestarse en la solicitud.

En el presente evento, se satisface la primera de las posibilidades dado que la accionante ÓSCAR NELSON AMAYA SERRANO, actúa directamente en defensa de sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y petición, por ello se encuentra legitimada para actuar.

- **Legitimación Pasiva**

FAMISANAR EPS, es una entidad de carácter particular que presta el servicio público de salud, de modo que, está legitimada para actuar como parte pasiva.

La empresa NTS National Truck Service, es una persona de derecho privado frente a la cual el accionante se encuentra en estado de indefensión al no contar con otro medio jurídico efectivo para obtener respuesta a la solicitud elevada a dicha compañía para la cual prestó sus servicios, por ende de conformidad con el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 por el cual se reglamenta la acción de tutela, puede ser demandable a través de acción de tutela.

- **Inmediatez**

La acción de tutela fue presentada en esta ciudad el 10 de noviembre de 2020, fecha que resulta razonable si se tiene en cuenta que,

según lo manifestado por la accionante, no ha recibido el pago de las incapacidades desde el mes de julio del presente año.

- **Subsidiaridad**

A voces del artículo 86 de la Carta Política establece que la acción de tutela *"solo 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"*. Disposición desarrollada por el artículo sexto del Decreto 2591 de 1991, que ratifica la procedencia de la acción de tutela cuando los vías ordinarias no tengan cabida o cuando no resulten idóneas para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

Ahora bien, respecto al caso particular es menester resaltar que las incapacidades cuyo pago se reclama por vía de tutela en este evento, corresponden a acreencias dinerarias, que en principio no se podrían reclamar por vía de tutela, toda vez que existen otros medios de defensa como lo es el proceso respectivo en la jurisdicción ordinaria laboral o por la Superintendencia Nacional de Salud.

Al respecto ha señalado la Corte Constitucional¹:

"De igual manera, esta Corte ha reafirmado que, en principio, las controversias relativas al pago de acreencias laborales deben ser resueltas por la jurisdicción ordinaria o por la Superintendencia Nacional de Salud. Sin embargo, ha admitido que este criterio no es absoluto, toda vez que frente a la amenaza o vulneración de derechos fundamentales, la acción constitucional es procedente, por cuanto el pago requerido puede ser la única fuente de recursos económicos que permitan sufragar las necesidades básicas, personales y familiares del actor".

¹ Sentencia T-138 de 204

Sin embargo nótese que se ha reconocido que en los eventos en los cuales el pago de estas acreencias vulnere o amenace derechos fundamentales del trabajador, cuando estos constituyen sus únicos ingresos, podría afectarse el mínimo vital, y por lo tanto la acción constitucional se torna procedente.

En el caso específico de las incapacidades, la Corte Constitucional² ha señalado que existen 3 motivos que sustentan la procedencia de la acción de tutela: 1) Que el pago de las incapacidades reemplaza el salario del trabajador durante el tiempo en el cual por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, por lo que se presume que las incapacidades son la única fuente de ingreso con la que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital, 2) Que el pago de las incapacidades médicas constituye una garantía del derecho a la salud del trabajador, en cuanto que con el pago de las mismas aquél puede recuperarse satisfactoriamente sin tener que preocuparse por reincorporarse anticipadamente a sus actividades y 3) Que los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador que debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta.

Y, precisó la Corte, que en consecuencia, el pago de incapacidades tiene una estrecha relación con la garantía del derecho al mínimo vital, a la salud y a la vida digna, en los periodos en los cuales la persona no se encuentra en condiciones adecuadas para realizar labores que le permitan obtener un salario y en los casos en que una persona se encuentra en estado de debilidad manifiesta.

4.3. Caso Concreto

El accionante ÓSCAR NELSON AMAYA SERRANO, a través de esta acción constitucional pretende entre otros el amparo del derecho de petición por cuanto la NATIONAL TRUCK SERVICE S.A.S, no ha resuelto de

² Sentencia T-410 de 2010, T-018 de 2010, T-498 de 2010 y T-772 de 25 de septiembre de 2007, entre otras

fondo la petición de la emisión de carta actualizada para el examen de egreso, así como del suministro de la copia del examen de ingreso que le fue practicado para laborar en esa empresa para la que laboró.

Ahora bien, el artículo 23 de la Constitución Nacional consagra el que: *“Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución.”*

Frente a esta prerrogativa ha precisado la Corte Constitucional:

“El derecho fundamental de petición consiste, por un lado, en la facultad de formular una petición o una solicitud ante una autoridad o ante un particular y, por el otro, el derecho a recibir de ellos una respuesta rápida relacionada con el fondo del asunto en cuestión”³

Por su parte el artículo 14 de la Ley 1755 de 2015 por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición, prevé que las autoridades deben responder a las peticiones que ante ellas se presentan dentro del término de 15 días siguientes a su recepción y en su parágrafo establece:

“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.”

También ha previsto el precitado artículo 14: *“Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso*

³ Sentencia T-214 de 2014 M.P. María Victoria Calle Correa

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”

En torno al derecho de petición ante organizaciones e instituciones privadas, el artículo 32 de la Ley 1755 de 2015, previó:

“Derecho de petición ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales. Toda persona podrá ejercer el derecho de petición para garantizar sus derechos fundamentales ante organizaciones privadas con o sin personería jurídica, tales como sociedades, corporaciones, fundaciones, asociaciones, organizaciones religiosas, cooperativas, instituciones financieras o clubes.

Salvo norma legal especial, el trámite y resolución de estas peticiones estarán sometidos a los principios y reglas establecidos en el Capítulo I de este título.”

Frente a este precepto normativo la Corte Constitucional precisó que:

“Del análisis de la norma se pueden extraer dos grandes conclusiones: La primera, es que el legislador consignó las reglas que la jurisprudencia constitucional creó respecto de la procedencia de las peticiones ante particulares. En esa medida, es posible interponer una petición ante organizaciones privadas con o sin personería jurídica (i) cuando prestan servicios públicos o cuando, debido a su actividad, ejercen funciones públicas y son asimilables a las autoridades (artículo 33) y (ii) cuando a través del ejercicio del derecho de petición se busca garantizar otros derechos fundamentales (artículo 32). Empero, también es posible interponer una petición ante una persona natural, cuando existe

una relación de subordinación e indefensión o cuando esa persona natural está ejerciendo una posición dominante frente al peticionario (parágrafo 1 del artículo 32). La segunda conclusión es que el legislador reglamentó el procedimiento para la resolución de estas peticiones al determinar que opera igual que ante las entidades públicas.”⁴

En torno a esta garantía fundamental ha expresado el alto Tribunal Constitucional⁵ que el destinatario de una petición debe:

”a. Proferir una respuesta oportuna, dentro de los términos legales establecidos en el ordenamiento jurídico. b.) resolver de fondo lo solicitado, cuestión que exige a la autoridad referirse de manera completa a los asuntos planteados, excluyendo de plano las respuestas evasivas y c) comunicar prontamente lo decidido al peticionario independientemente de que la respuesta sea negativa (...)”

De las documentales aportadas, se observa que el 17 de octubre de la presente anualidad, el señor Óscar Nelson Amaya Serrano, en ejercicio del derecho de petición, solicitó a la empresa National Truck Service S.A.S, (i) Emita carta actualizada con la fecha vigente para el examen de egreso de la empresa y (ii) Le suministre copia del examen de ingreso a esa empresa.

Y en ella expuso que solicitaba la emisión de carta actualizada para el examen de egreso por cuanto si bien le fue expedida con vigencia de 5 días, no pudo acudir debido a que estaba incapacitado por cirugía del manguito rotador, y por la orden de cuarentena que por el COVID 19 fue dispuesta por medio del decreto 169 del 12 julio, para esa fecha en la localidad de Usme, pues aquella concluyó el 31 de julio 2020.

La accionada National Truck, respondió a la demanda tutelar,

⁴ Sentencia T-430 de 2017

⁵ T- 238 de 2007

indicando que, si bien por cuestiones administrativas les fue difícil brindar respuesta a tiempo, el 12 de noviembre respondió a la petición del accionante, y se aprecia que respecto a la solicitud de carta actualizada para examen de egreso, le respondió el 12 de noviembre pasado que le enviaba orden de remisión para realización de exámenes médicos de egreso, de fecha 12 de noviembre de 2020, con vigencia de cinco (5) días hábiles vigentes a la fecha de entrega de dicho documento. Por tanto en lo que respecta a esta petición obtuvo respuesta en el trámite de esta acción.

En cuanto a la solicitud de expedición de copia del examen de ingreso, respondió al actor que: *“por diferentes circunstancias administrativas ajenas a la voluntad de la empresa relacionadas con el proceso engorroso que ha supuesto los trámites administrativos y logísticos consecuencia de la liquidación y disolución de la compañía, lo cual es un hecho público y notorio conocido por usted, en este momento no es posible remitirle este documento ya que el mismo no se encuentra en nuestros archivos centrales, habida cuenta que para la fecha en que dicho examen médico le fue practicado esto es el año 2008, la compañía tenía contratado este tipo de servicios médicos con una IPS (Unidad Médica Diagnóstica Espinosa Gómez), diferente a la que nos presta los servicios actualmente, circunstancia que ha dilatado la búsqueda de la copia del examen solicitada por usted en su petición, ya que la compañía requirió primero, por vía electrónica, a otra IPS que anteriormente se encargaba de este tipo de exámenes (Juan Bautista Salud Ocupacional), y ésta nos respondió que su unidad médica nos prestó sus servicios únicamente desde octubre de 2009 y por ende no tienen el registro deseado. Teniendo en cuenta esto, NTS a través de correo electrónico que se adjunta procedió inmediatamente a requerir a la Unidad Médica Diagnóstica Espinosa Gómez para que nos remitan la copia de su examen médico de ingreso, a lo cual dicha unidad médica nos respondió el día 12 de noviembre de 2020, que en el término de ocho (8) días hábiles nos remitirán el documento solicitado.*

Por lo anterior, agradecemos su comprensión con el otorgamiento de un término prudencial para poder remitirle la copia de su examen médico de ingreso a nuestra compañía, ya que, como se evidencia en los pantallazos

de los correos que adjuntamos al presente libelo de contestación, la no remisión inmediata de esta documentación obedece a motivos administrativos que escapan a nuestra voluntad, resultando en un proceso de acopio bastante engorroso, no obstante, nuestra empresa entiende la importancia y premura que tiene para usted esta documentación, por ello le solicitamos que nos dé un tiempo de espera ya que una vez la Unidad Médica Diagnóstica Espinosa Gómez nos entregue la copia de su examen médico de ingreso se la remitiremos de manera inmediata a su dirección de correo electrónico.”

Tal respuesta fue enviada a la dirección de correo electrónico del accionante; sin embargo no puede considerarse que se presenta en este caso un hecho superado, pues si bien la accionada envió autorización para examen de egreso y se le informó al tutelante que estaban adelantando los trámites para suministrarle la copia del examen de ingreso, a la fecha no ha sido entregado a pesar que desde el 17 de octubre del presente año lo solicitó y contaba la demandada con diez días para entregar el aludido documento toda vez que así lo ha previsto la ley.

Sin embargo atendiendo a que el liquidador de la empresa accionada indicó que debió solicitar la copia del examen de ingreso a la Unidad Médica Diagnóstica Espinosa Gómez para que les remitan la copia de su examen médico de ingreso, y aquella les respondió el día 12 de noviembre de 2020, que en el término de ocho (8) días hábiles les remitirán el documento, es decir el día 24 del presente mes y año; en orden a amparar el derecho de petición, se ordenará al Representante legal- Liquidador principal de NTS NATIONAL TRUCK SERVICE, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, proceda a suministrar al señor Óscar Nelson Amaya Serrano, copia del examen de ingreso a esa compañía, solicitada por aquel a través de correo electrónico el día 17 de octubre de 2020.

Por otra parte, señaló el accionante que mediante petición radicada el 6 de octubre de los cursantes, solicitó a Famisanar EPS, el pago de las incapacidades de los meses de julio, Agosto y septiembre de 2020,

debidamente radicadas, pero a la fecha no ha recibido el pago de las mismas, motivo por el que deprecó se ordene la cancelación por tal concepto por parte de EPS Famisanar.

Tratándose del pago de incapacidades, la acción de tutela solamente es procedente conforme lo indica la Corte Constitucional, cuando se advierte afectado el mínimo vital.

Es así como el alto Tribunal en sentencia T-490 de 2015, señaló:

“La Constitución Política en su artículo 49 establece la garantía para que todos los ciudadanos accedan a los servicios de promoción, protección, prevención, rehabilitación y recuperación de la salud, cuando la misma se ha visto mermada con ocasión del desarrollo de actividades laborales generando como consecuencia las denominadas incapacidades laborales.

3.2. De igual manera, esta Corporación ha señalado reiteradamente que las sumas de dinero reconocidas como subsidio por incapacidad vienen a sustituir el salario durante el lapso en el cual el trabajador se encuentra al margen de sus labores, constituyendo la garantía necesaria para que su recuperación transcurra de manera tranquila al no tener que preocuparse por la procura de los ingresos necesarios para el sostenimiento personal o de su grupo familiar, garantizando su subsistencia en condiciones dignas, (artículo 53 de la Carta Política). En materia de procedencia de la tutela para el reconocimiento de esta prestación, en la sentencia T-684 de 2010, se compilaron las siguientes subreglas:

“La jurisprudencia constitucional igualmente ha fijado unos criterios que deben tenerse en cuenta para que el reconocimiento de incapacidades laborales sea procedente a través de la acción de tutela, los cuales son:

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

ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia;
y

iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta.”

De manera que corresponde al juez en sede constitucional, analizar si se ha presentado la omisión en el pago de las incapacidades y si con ello, se ha generado la vulneración de otros derechos fundamentales constitucionales.

Frente al particular, el ciudadano ÓSCAR NELSON AMAYA SERRANO, en la demanda de tutela invoca el amparo del derecho al mínimo vital, mismo que indica ha sido trasgredido por la EPS FAMISANAR, puesto que a la fecha no le ha cancelado las incapacidades generadas en los meses de julio, agosto, septiembre y octubre del presente año.

Ahora bien, el accionante arrimó a este trámite incapacidades por los meses de julio, agosto y septiembre, pero no la concerniente al mes de octubre, así

No. incapacidad	Fecha inicio	Fecha Final	No. Días
0000135595	01/07/2020	30/07/2020	30
0000165576	30/07/2020	28/08/2020	30
0000187442	29/08/2020	27/09/2020	30

Como se venía señalando, la acción de tutela es un medio jurídico subsidiario que solo procede para conjurar un perjuicio irremediable, en este caso tal perjuicio se encuentra acreditado.

Ello por cuanto, el no recibir el pago de las incapacidades genera un detrimento del mínimo vital del actor, quien debido a su condición de sujeto de especial protección constitucional derivado de su estado de salud, ve afectada tal garantía fundamental toda vez que al no serle cancelado el valor de las incapacidades no cuenta con medios para solventar los gastos básicos de manutención suyos y de su familia, manifestación que no fue desvirtuada por la accionada, razón por la que los otros mecanismos judiciales para resolver sobre la pretensión del accionante no resultan idóneos ni eficaces.

Ahora bien, hallándose procedente la acción de tutela por este aspecto, cumple entonces establecer si en cabeza de FAMISANAR EPS, radica el deber de asumir el pago de las incapacidades que demanda el accionante.

En punto al tema, la Corte Constitucional ha manifestado que, respecto del pago de las incapacidades que se generen por enfermedad de origen común, es preciso empezar por señalar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, el tiempo de duración de la incapacidad es un factor determinante para establecer la denominación en la remuneración que el trabajador percibirá durante ese lapso. Así, cuando se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma se reconocerá el pago de un auxilio económico y cuando se trata del día 181 en adelante se estará frente al pago de un subsidio de incapacidad.

Precisó que, en lo correspondiente a la obligación del pago de incapacidades la misma se encuentra distribuida de la siguiente manera:

“i. Entre el día 1 y 2 será el empleador el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

*ii. Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado con ocasión a su estado de salud, es decir, **a partir del día 3 hasta el día número 180, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013***

iii. Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005^[81] para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS⁶.”

Ahora bien, las incapacidades relacionadas con anterioridad, se trata de aquellas expedidas con anterioridad al día 181 y así se deduce de lo informado por la propia Famisanar EPS, quien en su respuesta indicó que a la fecha el accionante presenta 149 días de incapacidad, de los cuales, cuenta con incapacidad continua del 30/07/2020 al 29/10/2020, por un total de 90 días. Siendo por ende así que el reconocimiento y pago de las incapacidades está a cargo de la EPS FAMISANAR.

Famisanar EPS, por su parte así lo reconoce pero precisó que no han procedido al pago por tal concepto debido a que se encuentran a la espera del certificado bancario por parte del usuario, quien si bien sostiene que

⁶ Sentencia T-161 de 2019

con petición del mes de agosto ya había entregado la certificación bancaria a Famisanar, no hay prueba de ello y la que allegó en el curso de este trámite es de fecha 10 de noviembre de 2020, día en el que fue instaurada esta acción de tutela sin que conste su envío a la demandada, por tanto no puede tenerse por probado que la accionada cuenta con dicha certificación.

No obstante al vislumbrarse la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital, lo procedente en aras de ampararlos, es ordenar al Representante Legal de EPS FAMISANAR, que en el término de veinticuatro (24) horas contadas a partir de que el accionante ÓSCAR NELSON AMAYA SERRANO, les allegue copia de la certificación bancaria, proceda al reconocimiento y pago de las incapacidades correspondientes desde el 01 de julio de 2020 al 27 de septiembre de 2020, las cuales fueron relacionadas en párrafo precedente, así como la correspondiente al mes de octubre que conforme a lo expresado por el gestor, radicó también a la EPS Famisanar, entidad que manifestó que el accionante cuenta con incapacidades hasta el 29 de octubre de 2020.

En cuanto hace a que se ordene a FAMISANAR EPS, la entrega del formato para autorización de la historia médica, no es viable acceder a dicha pretensión habida cuenta que, si bien en respuesta que brindó aquella entidad promotora de salud al señor Óscar Amaya le señaló que debía aportar para dar continuidad a la calificación de origen, Formato de autorización de revisión de historia clínica debidamente diligenciado, en respuesta a la demanda tutelar, señaló que en esa Entidad no reposa historias clínicas del usuario, razón por la cual, el accionante debe solicitarla a las IPS donde se le ha prestado los servicios médicos, pues acorde con el artículo 13° de la Resolución N°1995 de 1999, modificada por la Resolución 839 de 2017, norma que establece que la custodia de las historias clínicas de los usuarios están a cargo de los prestadores de servicios de salud que las generó en función de la atención prestada directamente por estas, es decir, las IPS contratadas por las EPS.

Por consiguiente con el objeto de obtener el formato aludido, deberá el actor solicitarlo en la IPS que le presta el servicio de salud.

Deprecó así mismo el actor que se ordene a Famisanar EPS, programe la cita que ordeno el médico de Ortopedia para Calificación de Origen, y se advierte que a través de correo electrónico de fecha 21 de agosto de 2020, el ciudadano Nelson Óscar Amaya, solicitó a Medicina Laboral de la EPS Famisanar, se fijara día y hora para la respectiva valoración, para lo cual allegaba orden medicina laboral ortopedia, fotocopia de la cédula de historia médica. Frente a esta pretensión nada manifestó la accionada en contestación al escrito tutelar, por tanto siendo necesaria la mentada valoración, se ordenará a Famisanar EPS que, disponga lo necesario para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, se realice a Óscar Nelson Amaya Serrano, valoración por Medicina Laboral.

De acuerdo con las consideraciones que anteceden, el **JUZGADO VEINTIOCHO PENAL MUNICIPAL DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ D.C.** administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales de petición, mínimo vital y seguridad social a favor de ÓSCAR NELSON AMAYA SERRANO, según se consideró en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: ORDENAR al Representante legal- Liquidador principal de NTS NATIONAL TRUCK SERVICE, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, proceda a suministrar al señor Óscar Nelson Amaya Serrano, copia del examen de ingreso a esa compañía, solicitada por aquel a través de correo electrónico el día 17 de octubre de 2020.

TERCERO: ORDENAR al Representante Legal de EPS FAMISANAR, que en el término de veinticuatro (24) horas contadas a partir de que el accionante ÓSCAR NELSON AMAYA SERRANO, les allegue copia de la certificación bancaria, proceda al reconocimiento y pago de las incapacidades correspondientes desde el 01 de julio de 2020 al 27 de septiembre de 2020, así como la correspondiente al mes de octubre del presente año; por las razones que se expusieron en la parte considerativa.

CUARTO: ORDENAR al Representante Legal y/o quien haga sus veces de EPS FAMISANAR, que, disponga lo necesario para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, se realice a Óscar Nelson Amaya Serrano, valoración por Medicina Laboral.

QUINTO: NOTIFICAR la presente decisión a la parte accionada y accionante, de acuerdo con lo expresado en las consideraciones y de conformidad con el artículo 16 y 30 del decreto 2591 de 1991.

SEXTO: Contra la presente sentencia es procedente la impugnación de que trata el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

En firme esta decisión, REMITIR las diligencias para su eventual revisión a la Honorable Corte Constitucional y, en caso de ser excluida de revisión, procédase de forma inmediata con su archivo una vez devuelta al despacho de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

CATALINA RIOS PENUELA

JUEZ MUNICIPAL

JUZGADO 028 PENAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO

MUNICIPAL DE 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:

**d1bf150567b14cbf507c18f04f91d7742bd055fab4b312af6ebd729b
152c8943**

Documento generado en 24/11/2020 07:56:31 a.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**