

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JURISDICCIONAL

Radicación: 25-473-40-03-001-2021-01641-00  
Accionante: GERMÁN LOPEZ CASTELLANOS  
Accionado: FAMISANAR E.P.S  
Radicación No. 2021 – 01641

**JUZGADO CIVIL MUNICIPAL DE MOSQUERA  
MOSQUERA CUNDINAMARCA**

Diciembre dieciséis (16) de dos mil veintiuno (2021)

**ASUNTO A DECIDIR**

Surtido el trámite que le es propio, procede el Despacho a proferir fallo dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** de la referencia.

**IDENTIFICACIÓN DEL ACCIONANTE**

Recurre al trámite de la acción constitucional de manera personal el señor **GERMÁN LÓPEZ CASTELLANOS**.

**IDENTIFICACIÓN DE LA ACCIONADA**

La acción es instaurada en contra **FAMISANAR E.P.S**

**DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES  
PRESUNTAMENTE TRASGREDIDOS O AMENAZADOS**

Busca el accionante se le ampare los derechos fundamentales a la salud, mínimo vital y seguridad social, a su juicio conculcado por la entidad accionada.

**SÍNTESIS DE LOS HECHOS DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL**

Para fundamentar el amparo, se citan los hechos que a continuación se compendian:

El 22 de abril del año en curso, ingresó por urgencias al hospital San Rafael de Facatativá con resultado positivo de COVID -19, debido a que presentaba dificultad respiratoria y algunos otros síntomas que requirieron ser intubado el día 24 de abril.

Estuvo en coma inducido durante 45 días, periodo en el que le realizaron diferentes sesiones de diálisis y una traqueotomía, según figura en la historia clínica, como tratamiento a la enfermedad mencionada.

El 23 de junio fue dado de alta del hospital San Rafael de Facatativá, para que le fuera brindada atención ambulatoria en casa, debido a que no tenía ninguna movilidad en el cuerpo, es decir, no podía valerse por sí mismo en ningún aspecto.

El hospital San Rafael, emitió incapacidad médica que cubría desde el 20 de abril de 2021 hasta 23 de julio de 2021.

En vista de su estado de salud, en reiteradas ocasiones intentó comunicarse con la EPS FAMISANAR durante el lapso de ese mes de incapacidad reconocida, tanto para que me brindara la atención domiciliaria necesaria, como para que reconocieran el estado de salud en que me encontraba y la necesidad de emitir incapacidad posterior a la fecha reconocida.

El 13 de julio obtiene cita con el programa latir de la EPS FAMISANAR, informando de la situación al médico, quien le indicó no tener competencia para actuar y que requería conseguir una cita con el médico internista, cuya agenda sobrepasaba la incapacidad reconocida.

Hasta el día 9 de septiembre de 2021 logró obtener una cita con médico internista quien emitió incapacidad por un mes que cubría el periodo del 9 de septiembre al 9 de octubre de 2021 y le señaló que no podía brindarle la incapacidad que correspondía del 24 de julio al 8 de septiembre por cuanto no estaba en sus funciones reconocer incapacidades retroactivas, a pesar de que se trató de un acto de negligencia del servicio por parte de la EPS.

Cabe resaltar que la EPS FAMISANAR, no le brindo la atención necesaria posterior a su salida del hospital sino hasta pasados más de 15 días, razón por la cual le toco cubrir los gastos de terapias y curaciones necesarias para lograr recuperar parte de su movilidad, tampoco le otorgó una cita prioritaria para acceder a los servicios de salud de forma domiciliaria.

A partir del 9 de septiembre, le ha tocado solicitar citas con médico general cada 10 días cuyo copago es de \$36.800 peso, a las cuales no puedo asistir de forma presencial debido a mi estado de salud (no tiene movilidad alguna y no puede valerse por sí misma) siendo su esposa quien debe acudir a las citas con los documentos, para que sea el médico general quien renueve la incapacidad, esto debido a que la EPS le ha señalado que la agenda del médico internista solo está para cada dos o tres meses desde la cita anterior, haciendo este proceso aún más difícil y tedioso de lo que ya ha sido.

El 30 de septiembre de 2021, radicó derecho de petición ante el Ministerio de Salud y protección social, informando de la situación negligente de la EPS FAMISANAR y de la necesidad del reconocimiento del periodo de incapacidad, institución que emitió respuesta trasladando la petición a la Superintendencia Nacional de Salud el día 1 de octubre de 2021.

La Superintendencia Nacional de Salud, dio trámite a la petición radicada, indicando que trasladarían el requerimiento a la entidad EPS FAMISANAR pues era ella quien tenía el deber legal de garantizar su derecho.

La EPS FAMISANAR, dio respuesta negativa al requerimiento el día 13 de octubre de 2021, señalando que

*“la expedición y pertinencia de las incapacidades es a criterio del médico especialista tratante, quien después de valorar al paciente determina el tiempo que requiere el paciente para su recuperación, hasta por un periodo máximo de treinta (30) días según la resolución 2266 de 1998 art. 10.*

*Además, no se puede expedir certificado de incapacidad con vigencia retroactiva en el caso de pacientes de atención ambulatoria”*

Cabe resaltar que la comunicación de la EPS, no da ningún argumento sólido para negarse a otorgar la incapacidad, aun siendo de conocimiento de esta la historia clínica y los inconvenientes y reclamaciones presentados para obtener la atención medica posterior a su salida del hospital.

Es una persona de 58 años, que padece de hipertensión y diabetes, actualmente se encuentra en recuperación de su movilidad y por tal razón no cuenta con ningún otro medio o ingreso para subsistir, la falta del reconocimiento de incapacidades por parte de la EPS FAMISANAR, a quien cumplidamente paga la cotización en el sistema de salud ha afectado y afecta aun de forma irremediable mis derechos a la dignidad humana, salud, mínimo vital y seguridad social.

### **PETICIÓN DE LA TUTELA**

En concreto pretende la petente del juez constitucional que se le ordene a la E.P.S FAMISANAR, el reconocimiento de la incapacidad comprendida desde el 24 de junio de 2021 hasta el 8 de septiembre de 2021.

### **TRÁMITE PROCESAL Y CONTRADICTORIO**

Mediante providencia de fecha 2 de diciembre de 2021, se admitió la acción de tutela ordenándose la notificación a **FAMISANAR E.P.S** para que rindiera informe sobre los hechos en que sustenta la misma y ejerciera su derecho de defensa.

### **RESPUESTA DE LA ACCIONADA**

Surtida la notificación a **FAMISANAR E.P.S** representada legalmente por **ELIAS BOTERO MEJÍA**, a través de **CECILIA YOLANDA LUNA CONTRERAS** gerente regional Tolima grande y como encargada del cumplimiento de los fallos de tutela nodo sabana sur, señala

*“(…) Usuario no registra incapacidad para el periodo comprendido entre el 24/07/2021 y el 08/09/2021. La emisión de incapacidades es un acto netamente médico y desde prestaciones no podemos emitir incapacidad, esta facultad es únicamente de los galenos, así mismo, EPS FAMISANAR no puede obligar a los médicos de la red contratada a expedir o no incapacidades a los usuarios.*

*De acuerdo a esta información es importante aclarar que la emisión de incapacidades es un acto netamente médico basado en un escenario científico y no por casusas administrativas, igualmente Es el médico tratante de la IPS quien después de valorar al paciente en cada consulta determina el período de incapacidad que requiere, para su recuperación, por un tiempo máximo de 30 días y prorrogada si así lo determina el especialista mes a mes o en la próxima consulta.*

*Resolución 2266 de 1998 Art. 13. De la prórroga de la incapacidad. Se entiende por prórroga de incapacidad, la que se expide con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación directa con ésta, así se trate de código diferente y siempre y cuando entre una y otra no haya una interrupción mayor a treinta (30) días calendario.*

*Se informa al estrado que el SGSSS, **PROHIBE** la expedición de incapacidades de manera retroactiva, como lo pretende el accionante. (…)*” (resalto dentro del texto original)

*“(…) Me permito informar que el señor GERMAN LOPEZ CASTELLANOS identificado con Cédula de Ciudadanía 79109961, se encuentra en estado ACTIVO, en el Régimen Contributivo en Categoría C.*

*Lo anterior, teniendo en cuenta la calidad de cotizante dependiente que ostenta con la empresa DSV AIR Y SEA SAS - NIT 900618834. Presenta pago hasta el mes de noviembre de 2021, sin que a la fecha presente novedad de retiro en la afiliación.*

*Presenta fecha de afiliación del 01/05/1996, de acuerdo con el último tramo de afiliación que presenta. Se adjunta Certificado de aportes correspondiente, donde se evidencia el IBC registrado en cada aporte. Se adjunta Certificado de afiliación. (…)”*

Ha de tenerse en cuenta en aplicación a la analogía dentro del sistema no se podrán expedir incapacidades con vigencias retroactivas, con excepción que el paciente se hubiera ausentado de su puesto de trabajo, como consecuencia de trastornos mentales, confusiones mentales, desorientación de tiempo y espacio, en conclusión, cualquier patología de carácter mental que afecte la capacidad de distinción de tiempo y espacio del paciente.

Únicamente está permitida la transcripción de incapacidades retroactivas, en los casos que el cotizante hubiera sufrido cualquier patología de carácter mental que afecte la capacidad de distinción de tiempo y espacio del paciente.

Las incapacidades retroactivas solamente podrán ser prescritas por el especialista tratante y con una vigencia no mayor a 30 días calendario.

También podrán emitirse las incapacidades generadas de manera ambulatoria por causas médicas debidamente justificadas por el médico tratante en la historia clínica, siempre y cuando la retroactividad no sea superior a 3 días calendario.

Por lo anterior y en lo atinente al caso, no se puede afirmar negligencia o negación ante las obligaciones legales de la EPS, debido a que la situación en comento se presenta por una situación ajena a la EPS Famisanar, pues debe precisarse que la responsabilidad subjetiva del cumplimiento cabal y oportuno no es de resorte legal de esta EPS, por cuanto recae exclusivamente en las IPS (Instituciones Prestadoras de Salud), entidades vigiladas.

#### **CONSIDERACIONES:**

#### **COMPETENCIA**

Es competente este juzgado para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta Política, en concordancia el artículo 37 inciso 1° del Decreto 2591 de 1991.

#### **CUESTIÓN PRELIMINAR**

Previo al análisis de fondo de la acción de tutela interpuesta, se estudiarán los requisitos de procedencia de la misma con relación a (i) la legitimación por activa y por pasiva, (iii) la subsidiariedad y (iv) el requisito de inmediatez, superados los cuales se formulará el respectivo problema jurídico.

#### **Legitimación en la causa.**

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá interponer acción de tutela en nombre propio o a través de unrepresentante que actúe en su nombre.

En este caso el señor **GERMÁN LOPEZ CASTELLANOS**, actúa en nombre propio incoando acción de tutela, teniendo en cuenta que la entidad accionada no ha reconocido la incapacidad comprendida desde el 24 de julio de 2021 hasta el 8 de septiembre de 2021., existiendo legitimación por activa e igualmente legitimación por pasiva respecto de la E.P.S accionada por cuanto es la entidad contra la cual se reclama la protección del derecho fundamental de petición presuntamente vulnerado.

### **Inmediatez**

El requisito de inmediatez “*exige que la acción sea promovida de manera oportuna, esto es, dentro de un término razonable luego de la ocurrencia de los hechos que motivan la afectación o amenaza de los derechos*”.

*(...) el examen de la inmediatez no consiste únicamente en revisar el paso del tiempo entre el hecho generador de la vulneración de un derecho fundamental y la interposición de la acción de tutela. Existen casos en los que el Juez de tutela debe verificar “si existe un motivo válido, entendiéndolo como una justificación para el no ejercicio de la acción constitucional de manera oportuna, circunstancia justificativa que debe estar plenamente demostrada, y que debe responder a criterio de protección constitucional ...”<sup>1</sup>*

En el caso que se analiza los hechos generadores del presente amparo se presentaron desde el 24 de julio a 8 de septiembre de 2021 y la acción constitucional se interpuso el 2 de diciembre, luego se cumple el requisito de inmediatez.

### **Subsidiariedad**

Cómo quedó visto el artículo 86 de la Constitución 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 (artículo 6° del Decreto 2591 de 1991).

Descendiendo al presente caso se advierte que la accionante no cuenta con otro medio de defensa judicial, que sea idóneo y eficaz para la protección inmediata de su derecho fundamental de petición cuyo amparo solicita, cumpliéndose con el requisito de subsidiariedad.

### **PROBLEMA JURÍDICO:**

Corresponde ahora al Despacho determinar si la E.P.S FAMISNAR, ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud, mínimo vital y seguridad social del señor **GERMÁN LOPEZ CASTELLANOS**, por cuanto según esta afirma, no se le ha reconocido la incapacidad comprendida desde el 24 de julio de 2021 hasta el 8 de septiembre de 2021.

Para resolver el problema jurídico planteado, el despacho hará referencia a:

- (i) la naturaleza y procedibilidad de la acción de tutela;
- (ii) de la expedición de incapacidades médicas.

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional, sentencia T-199/15

- (iii) la improcedencia de la acción de tutela ante la inexistencia de una conducta respecto de la cual se pueda efectuar el juicio de vulnerabilidad de derechos fundamentales; y, finalmente
- (iv) Se arribará al caso concreto.

## DE LA NATURALEZA Y PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La figura de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional fue instituida con el fin que las personas puedan reclamar ante el órgano judicial, en todo momento y en cualquier lugar, la protección inmediata de derechos fundamentales de rango constitucional, mediante un procedimiento preferente y sumario, cuando se consideren conculcados o amenazados por los hechos u omisiones en que incurra una autoridad pública o determinados particulares. “*Esta acción 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.*”

De ahí que es dable indicar que la acción de tutela exige la inexistencia o el agotamiento de todos los recursos e instancias que el afectado hubiere tenido a su alcance para solicitar la protección del derecho amenazado o vulnerado, porque de lo contrario, se hace inminente su declaratoria de improcedencia, así lo ha reiterado la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal Constitucional<sup>2</sup>

## DE LA EXPEDICION DE INCAPACIDADES MÉDICAS

La H. Corte Constitucional en la Sentencia **T-723/14**, prevé:

*“(...) El reconocimiento y pago de prestaciones laborales, tales como las incapacidades, constituye uno de aquellos emolumentos económicos y sociales destinados a sustituir el salario durante el periodo en que **conforme lo indiquen los médicos tratantes** la persona debe permanecer inactiva por razones de salud debidamente certificadas. Su ocurrencia puede tener origen en una enfermedad general o profesional que sufra el trabajador, o en el acaecimiento de un accidente laboral. (Negrilla fuera de texto) (...)”* (negrillas y subraya fuera de texto)

*Las responsabilidades del Médico tratante, está la de expedir las certificaciones del caso cuando el paciente las requiera y una de ellas es la del certificado de incapacidad, inicialmente por el término de la posible hospitalización de acuerdo a los protocolos de tratamiento con internación que según la patología se prevea para el paciente. En adelante obrará la prórroga de las incapacidades de acuerdo a la Resolución 2266 del 19961 ...”.*

De otra parte el Decreto 780 de 2016 Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social dispone:

*“(...) Subsección 3. Certificado médico*

**Artículo 2.7.2.2.1.3.1. Campo de aplicación.** *El presente sección se **aplica a todos los Profesionales de la Medicina debidamente titulados, registrados o con tarjeta profesional expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social que ejerzan su profesión en el territorio nacional** y a todos aquellos que se encuentren prestando el Servicio Social Obligatorio.*

*Las disposiciones de este sección obligan igualmente a las Direcciones Territoriales de Salud, Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y demás entidades de salud públicas, mixtas y privadas, a los enfermos, auxiliares de enfermería y promotores de salud que se encuentren registrados en este Ministerio, o inscritos y capacitados por las Direcciones Departamentales y Municipales de Salud con las debidas certificaciones, especialmente en cuanto al suministro de información estadística y manejo de los formatos para la expedición de los Certificados de Nacido Vivo y de Defunción, que adopte el Ministerio de Salud y Protección Social. (Artículo 1° del Decreto 1171 de 1997)*

**Artículo 2.7.2.2.1.3.2. Expedición.** *El **Certificado Médico será expedido por un Profesional de la***

<sup>2</sup> Ver sentencias T-007 de 1992, T 051 de 2006, T-179 de 2009, entre otras

Medicina, con tarjeta profesional o registro del Ministerio de Salud y Protección Social, o por un médico que se encuentre prestando el Servicio Social Obligatorio, de conformidad con lo previsto por el artículo 50 de la Ley 23 de 1981.

**Parágrafo.** El texto del **Certificado Médico** será claro, preciso y deberá ceñirse estrictamente a la verdad. Su expedición irregular conllevará responsabilidad civil, penal y ética para el médico que lo expida, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia.

**Artículo 2.7.2.2.1.3.4.** Contenido del **certificado médico**. El **Certificado Médico** en lo relativo al estado de salud, tratamiento o acto médico deberá contener como mínimo, los siguientes datos generales:

- a). Lugar y fecha de expedición;
- b). Persona o entidad a la cual se dirige;
- c). Estado de salud del paciente, tratamiento prescrito o acto médico;
- d). Nombre e identificación del paciente;
- e). Objeto y fines del certificado;
- f). Nombre del Profesional de la Medicina que lo expide;
- g). Número de la tarjeta profesional y registro;
- h). Firma de quien lo expide. (...)” (negrilla y subraya fuera de texto).

## **DE LA IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA ANTE LA INEXISTENCIA DE UNA CONDUCTA RESPECTO DE LA CUAL SE PUEDA EFECTUAR EL JUICIO DE VULNERABILIDAD DE DERECHOS FUNDAMENTALES,**

Como se dijo, si el objetivo fundamental de este mecanismo de protección constitucional no es otro que la salvaguarda efectiva de los derechos fundamentales, éste resulta improcedente cuando no se acredita esa amenaza o vulneración o no se demuestra que existió, ya que *“sin la existencia de un acto concreto de vulneración a un derecho fundamental no hay conducta específica activa u omisiva de la cual proteger al interesado”*

Nuestro máximo Tribunal Constitucional en Sentencia 130 de 2014, sobre el tema precisó lo siguiente:

*“partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5° y 6° del [Decreto 2591 de 1991], se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnera o amenaza los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales (...) En suma, para que la acción de tutela sea procedente requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales existan (...)”, ya que “sin la existencia de un acto concreto de vulneración a un derecho fundamental no hay conducta específica activa u omisiva de la cual proteger al interesado (...)”...”(negrilla por el Juzgado)*

*Y lo anterior resulta así, ya que si se permite que las personas acudan al mecanismo de amparo constitucional sobre la base de acciones u omisiones inexistentes, presuntas o hipotéticas, y que por tanto no se hayan concretado en el mundo material y jurídico, “ello resultaría violatorio del debido proceso de los sujetos pasivos de la acción, atentaría contra el principio de la seguridad jurídica y, en ciertos eventos, podría constituir un indebido ejercicio de la tutela, ya que se permitiría que el peticionario pretermitiera los trámites y procedimientos que señala el ordenamiento jurídico como los adecuados para la obtención de determinados objetivos específicos, para acudir directamente al mecanismo de amparo constitucional en procura de sus derechos”*

### **DEL CASO EN CONCRETO**

De acuerdo con lo anterior, y de cara a lo señalado tanto por el accionante como la entidad accionada se tiene que no fue expedida incapacidad médica del 24 de julio al 8 de septiembre de 2021, por tal razón y teniendo en cuenta que no se dan los presupuestos establecidos en jurisprudencia y por Ministerio de salud señalados en líneas anteriores, no puede ordenarse el pago solicitado por el señor **GERMÁN LOPEZ CASTELLANOS**, máxime que no es competencia del Despacho expedir incapacidades medicas pues como se indicó son los médicos

**Rad: 25-473-40-03-001-2021-01641-00**

tratantes quienes tienen la responsabilidad de expedir o no las incapacidades médicas según sea el caso en aplicación a sus conocimientos profesionales.

Además de lo anterior, es responsabilidad de los usuarios en el Sistema de Seguridad Social en Salud que antes del vencimiento de las incapacidades otorgadas y de ser necesario solicitar cita con el médico tratante para su revisión médica y de ser el caso sean actualizadas las incapacidades, iterarse si así lo considera el galeno.

Continuando y teniendo en cuenta la certificación allegada por la entidad accionada no se observa que se esté causando un perjuicio irremediable al actor ni se le está vulnerando el derecho fundamental al mínimo vital y móvil, nótese que su ingreso básico de cotización es de \$5,175,000.

Por tanto, nos encontramos ante la inexistencia de una conducta respecto de la cual se pueda efectuar el juicio de vulnerabilidad de los derechos fundamentales a la salud, mínimo vital y seguridad social invocados por **GERMÁN LOPEZ CASTELLANOS**.

en consecuencia, se negará la presente acción constitucional por carencia actual de objeto.

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO CIVIL MUNICIPAL DE MOSQUERA CUNDINAMARCA**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: NO TUTELAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE A LA SALUD, MÍNIMO VITAL Y SEGURIDAD SOCIAL**, invocado por **GERMÁN LOPEZ CASTELLANOS** contra **FAMISNAR E.P.S** representada legalmente por **ELIAS BOTERO MEJÍA**, a través de **CECILIA YOLANDA LUNA CONTRERAS** gerente regional Tolima grande y como encargada del cumplimiento de los fallos de tutela nodo sabana sur por **POR CARENCIA ACTUAL DE OBJETO**.

**SEGUNDO: NOTIFICAR VIA CORREO ELECTRONICO** lo aquí resuelto a la accionante y a la entidad accionada, y de no ser posible utilícese el medio más expedito.

**TERCERO: REMITIR** las diligencias de no ser impugnada la presente decisión a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. Oficiese.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Firmado Por:

**Maria Del Pilar Oñate Sanchez**  
**Juez Municipal**  
**Juzgado Municipal**  
**Civil 001**  
**Mosquera - Cundinamarca**

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: **f86bcd3ef6b52ba01607c27ec758712078fe5b6e4ec95e54dbd2a41c67a9eb0**

Documento generado en 16/12/2021 11:54:44 AM

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