



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ
cmpl02bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., 07 de marzo de 2023
Acción de tutela No. 2023-0168

Se decide la acción de tutela interpuesta por **JOSÉ FERNEY VILLAMIZAR HERNÁNDEZ**, contra **FAMISANAR E.P.S S.A.**, tramite en el que se vinculó a la Superintendencia de Salud y Clip Enlace Total S.A.S

ANTECEDENTES

El accionante pretende que en salvaguarda de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, debido proceso, seguridad social en salud y mínimo vital, se ordene a la accionada a reconocer y pagar las tres últimas incapacidades del 25/10/2022 al 23/11/2022, 24/11/2022 al 23/12/2022 y 24/12/2022 al 22/01/2023.

Como sustento de lo pretendido manifestó que el día 14 de febrero de 2022, sufrió un accidente eléctrico de origen común, ocasionándole quemaduras en la mano, brazo izquierdo y abdomen izquierdo de segundo, tercero y cuarto grado.

Informó que debido al accidente, en el Hospital Simón Bolívar a la fecha le han realizado seis cirugías plásticas de reconstrucción, por lo tanto, se le han expedido seis incapacidades, tres de las últimas han sido negadas por la accionada, argumentando que los aportes se realizaron de manera extemporánea, no obstante, la accionada nunca informó sobre la extemporaneidad de los pagos.

Refirió que frente a la negación de las mismas se han presentado quejas ante la Superintendencia de Salud con el fin de que se reconozca el pago de estas.

Indicó que vive con su esposa y sus dos hijos en un inmueble arrendado, quienes dependen de su ingreso económico, sin embargo, y debido al accidente su calidad de vida se ha visto afectada.

Agregó que para el 03 de agosto de 2022, interpuso tutela contra la aquí accionada toda vez que no le estaba prestando la atención y los servicios médicos necesarios para su recuperación

I. DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Aduce el actor la violación de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, debido proceso, seguridad social en salud y mínimo vital.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La presente acción de tutela fue admitida el día 23 de febrero de 2023 y comunicada a las partes por el medio más expedito.

IV. CONTESTACIÓN A LA TUTELA

La accionada **FAMISANAR E.P.S S.A.**, en respuesta a la presente acción, y para el caso en concreto informó en efecto el actor se encuentra afiliado en régimen contributivo dependiente cuyo empleador es Clip Enlace Total S.A.S.

Manifestó que procedió a verificar la información con las áreas correspondientes, y tal y como se le informó a la empleadora del accionante, las incapacidades reportadas bajo los radicados GESDOC 5010-2022-E382606, 5010-2022-E-433998, se encuentran en formato de negación, bajo la causal: “*La incapacidad se encuentra radicada fuera de los tiempos definidos en el Decreto 1427 de 2022 artículo 2.2.3.2.1*”, es decir, que a empresa *CLIP ENLACE TOTAL S.A.S.* realizó los pagos de los aportes de forma extemporánea.

Solicitó declarar la improcedencia del amparo constitucional y ordenar a la empresa CLIP ENLACE TOTAL S.A.S a realizar el pago de las incapacidades reclamadas por haber incumplido en el pago de los aportes de su empleado.

CLIP ENLACE TOTAL S.A.S: En respuesta a la presente acción informó que el señor José Ferney Villamizar Hernández se encuentra vinculado a esa empresa, que con ocasión al accidente sufrido a la fecha cuenta con seis incapacidades de las cuales tres ha sido pagadas por la EPS FAMISANAR, sin embargo, las tres últimas las cuales fueron radicadas bajo los consecutivos 5010-2022-E-382606, 5010-2022-E-433998 y 5010-2022-E-473299 fueron rechazadas.

Indicó que como es de costumbre de la EPS demorar el pago de las incapacidades, se procedió a radicar quejas antes la Superintendencia de salud, trámite del que se obtuvo respuesta por la EPS FAMISANAR, indicando que las incapacidades fueron negadas por realizar pago en los aportes de forma extemporánea, en consecuencia, se procedió a radicar derecho de petición en fecha 17 de enero de 2023, a fin de obtener el pago de las incapacidades y se le remitiera copia de los cobros que esta realizó a la compañía por realizar el pago extemporáneo de los aportes de su colaborador, no obstante, no se ha obtenido respuesta.

Entre otros argumentos, manifestó que la accionada busca no reconocer las incapacidades de origen común citando normas aplicables al

pago de licencia de maternidad y no al caso que aquí ocupa, pues verificada la norma se cumple con los requisitos para su pago.

Así mismo, refirió la obligación que tenía la EPS de notificar la mora en el pago de los aportes, actuación que no realizó allanándose a la misma.

Finalmente, solicitó se ordenara la EPS al reconocimiento y pago de las 3 últimas incapacidades dentro de un término razonable.

SUPERINTENDENCIA DE SALUD: Solicitó ser desvinculada de la presente acción constitucional, en atención a que no existe nexo causal entre la vulneración de los derechos fundamentales del actor con la aquí vinculada, así mismo, por alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva al carecer de competencia para asumir el reconocimiento y pago de incapacidades y no ser la responsable de la presunta vulneración de los derechos fundamentales del accionante.

CONSIDERACIONES

1. De la competencia

Es competente este despacho judicial para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en el artículo 86 constitucional, en armonía con las normas contenidas en el Decreto 2591 de 1991.

2. Naturaleza de la acción constitucional

El artículo 86 de la Constitución Política ha establecido como mecanismo procesal específico y directo la acción de tutela, para que toda persona pueda reclamar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que los mismos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, siempre y cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que la referida acción se utilice como mecanismo transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable y bajo las condiciones específicamente previstas en el Decreto 2591 de 1991 y de los precedentes jurisprudenciales vigentes, aplicables al caso concreto.

La acción constitucional de tutela no tiene una finalidad distinta a la de buscar la protección de derechos de rango superior cuando éstos se puedan ver lesionados por situaciones de hecho, por actos u omisiones que impliquen su desconocimiento o trasgresión. Por consiguiente, este mecanismo no puede utilizarse para pretender el restablecimiento de derechos que no tienen esta connotación y menos cuando se dispone de otros medios para su reconocimiento puesto que la tutela no constituye un procedimiento alternativo, adicional o complementario para alcanzar fines u objetivos diferentes para los cuales fue instituida.

3. Problema jurídico

Corresponde determinar *i)* si la accionada vulneró los derechos fundamentales alegados por el actor y de ser así, establecer si la vulneración persiste, *ii)* y con ello si es viable ordenar a la accionada a reconocer y pagar las tres últimas incapacidades del 25/10/2022 al 23/11/2022, 24/11/2022 al 23/12/2022 y 24/12/2022 al 22/01/2023.

4. Caso concreto

En el caso presente la acción se dirige en contra **FAMISANAR E.P.S S.A.**, a quien se le endilga la presunta vulneración a los derechos fundamentales citados.

De acuerdo con el marco normativo reseñado, el artículo 86 de nuestra Carta Política enseña que 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 estos resulten vulnerados o amenazados por la acción de cualquier autoridad.

Es un instrumento jurídico, que la Carta Política ha confiado a los jueces, con el propósito de brindar a los ciudadanos la posibilidad de acudir a la jurisdicción sin mayores requerimientos de índole formal y a falta de otro medio judicial de defensa, a efecto de que se protejan los derechos fundamentales del quebranto o amenaza, logrando el cumplimiento de uno de los fines esenciales del Estado, cual es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Tiene dos características esenciales, como bien lo ha señalado la Corte Constitucional: a- La de ser una acción subsidiaria, por cuanto solo es posible hacer uso de ella cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable (art. 86 inc.3) b- La de ser una acción inmediata, toda vez que no se trata de un proceso sino de un remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del Derecho sujeto a violación o amenaza.

Es decir, su procedencia se condiciona, entre otros aspectos, a la inexistencia de otros mecanismos de defensa a través de los cuales sea posible la protección de tales derechos cuando estén siendo vulnerados o puestos en peligro, o que existiendo otro medio de defensa, se invoque como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable, como para tal efecto lo señala el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991 con la condición de que el afectado inicie la correspondiente acción en un máximo de cuatro meses a partir del fallo de tutela.

La acción de tutela no fue concebida para otorgarle un alcance inadecuado, ni para ser utilizado de forma antojadiza por los ciudadanos, dado que no es un instrumento creado para pretermitir o reemplazar las distintas instancias judiciales o administrativas. El propósito claro y definido de este mecanismo de amparo constitucional no es otro que el de

brindarle protección inmediata y subsidiaria al accionante, pues de lo contrario se generaría inestabilidad e inseguridad en el orden jurídico.

Descendiendo al caso *sub judice*, el Decreto 1427 de 2022 a través del Artículo 2.2.3.1.3 numeral 6° define la Incapacidad de origen común como: “*el estado de inhabilidad física o mental que le impide a una persona desarrollar su capacidad laboral por un tiempo determinado, originado por una enfermedad general o accidente común y que no ha sido calificada como enfermedad de origen laboral o accidente de trabajo*”.

Por otra parte, el decreto en estudio reglamento a través del Artículo 2.2.3.3.1 las “*Condiciones para el reconocimiento y pago de incapacidades de origen común en los siguientes términos:*

1. “*Estar afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante, incluidos los pensionados con ingresos adicionales.*
2. *Haber cotizado efectivamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, como mínimo cuatro (4) semanas, inmediatamente anteriores al inicio de la incapacidad. El tiempo mínimo de cotización se verificará a la fecha límite de pago del periodo de cotización en el que inicia la incapacidad.*
3. *Contar con el certificado de incapacidad de origen común expedido por el médico de la red de la entidad promotora de salud o entidad adaptada o validado por esta. (...) ”*

A su vez, refiere el artículo 2.2.3.7.3 del Decreto en cita que son “*Causales de suspensión o no reconocimiento de pago de la incapacidad de origen común*”, las siguientes.

1. “*Cuando la entidad promotora de salud, la entidad adaptada o la autoridad competente, según el caso, determine que se configura alguna de las causales de abuso del derecho establecidas en el artículo 2.2.3.7.1 del presente decreto.*
2. *Cuando el cotizante no cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 2.2.3.3.1 del presente decreto.*
3. **Cuando el cotizante incurra en mora conforme con lo establecido en los artículos 2.1.9.1 y 2.1.9.3 del presente decreto.**
4. *Cuando la incapacidad de origen común tenga origen en tratamientos con fines estéticos y sus complicaciones, o se derive de tratamientos que acrediten los criterios de exclusión definidos el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015”. (Subrayado y negrita fuera de texto)*

Ahora bien, dispone el artículos 2.1.9.1 del Decreto 780 de 2016 que: “*El no pago por dos períodos consecutivos de las cotizaciones a cargo del empleador, **siempre y cuando la EPS no se hubiera allanado a la mora**, producirá la suspensión de la afiliación y de la prestación de los servicios de salud contenidos en el plan de beneficios por parte de la EPS (...). (Negrita fuera de texto)*

Respecto a la procedibilidad del amparo constitucional la Corte Constitucional ha realizado múltiples pronunciamientos sobre el tema entre los cuales tenemos el realizado a través de la T-194 de 2021. MP. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, del que se extrae:

“De acuerdo con el sistema normativo colombiano, el recurso ordinario apto para ventilar las pretensiones de índole económico -específicamente el tendiente a obtener el pago del subsidio de incapacidades laborales- es la acción laboral ante la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, la corporación excepcionalmente ha admitido la procedencia de la acción de tutela, atendiendo a las circunstancias especiales y a la situación de cada individuo, que hace que la intervención del juez constitucional se haga necesaria e inminente.

Así, en diferentes pronunciamientos, con el fin de determinar la procedencia de la acción de amparo cuando median este tipo de pretensiones, se han ponderado aspectos como la edad del presunto afectado (menor de edad, adulto mayor), la situación económica, el estado de salud del solicitante y de su familia, el grado de afectación que tendrían sus derechos fundamentales ante la falta de pago de la prestación económica solicitada (mínimo vital), así como la actividad administrativa adelantada para obtener la protección de sus derechos.

El pago de incapacidades a una persona que sufre una afectación en su salud, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho fundamental: i) a la salud “en la medida que permite al afiliado disponer de una suma de dinero periódica a pesar de que en estricto sentido no exista prestación de servicio, circunstancia que contribuirá a la recuperación satisfactoria de su estado de salud, puesto que le permite seguir con el tratamiento prescrito por el médico tratante y guardar el reposo requerido para su óptima recuperación”; y ii) el derecho al mínimo vital, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, “por cuanto constituye la única fuente de ingresos económicos que permiten satisfacer las necesidades básicas personales y familiares del actor, en la medida que posibilita la conservación del giro ordinario del proyecto vital del beneficiario y de su grupo familiar”

Para el caso *sub examine* el accionante instauró acción de tutela al considerar que le está siendo vulnerados sus derechos fundamentales a la dignidad humana, debido proceso, seguridad social y mínimo vital no reconocerse y pagarse las incapacidades relativas a los periodos 25/10/2022 al 23/11/2022, 24/11/2022 al 23/12/2022 y 24/12/2022 al 22/01/2023, situación que no solo lo afecta a él sino también a su esposa e hijos, ya que al no poder trabajar no cuenta con los recursos para su manutención.

En razón de lo anterior, corresponde al Juzgado, con base en las probanzas que integran el protocolo de tutela, analizar tanto los supuestos fácticos como los jurídicos del actuar que se acusa como violatorio de los derechos fundamentales del accionante, para determinar si hubo o no la alegada transgresión y si, en consecuencia, amerita su restablecimiento, por la vía constitucional escogida.

Se encuentra que en efecto, la empresa CLIP ENLACE TOTAL S.A.S realizó el pago de los aportes del señor José Ferney Villamizar Hernández como empleado de dicha sociedad con la salvedad de que algunos pagos se hicieron extemporáneamente, no obstante, la empleadora refirió haber realizado el pago de la mora de esos días.

Respecto a la respuesta emitida por la accionada, se observa en la misma, que los argumentos para negar el pago de las incapacidades se basa en el Decreto 1427 de 2022 artículo 2.2.3.2.1, el cual refiere a las “Condiciones para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad”, norma no aplicable al caso, toda vez que el pago de las incapacidades pretendidas por el actor devienen de un accidente de origen común mas no de una licencia de maternidad, como erróneamente lo quiere hacer ver la accionada.

Por otra parte, no se allegó por la pasiva EPS FAMISANAR, documentos mediante los cuales se acredite que se puso en conocimiento de la sociedad CLIP ENLACE TOTAL S.A.S o del actor la mora en el pago de los aportes, o que en su lugar se suspendiera el servicio en salud por tal razón, situación de la que se colige que la accionada acepto tácitamente los incumplimientos o retardos en el pago de los aportes, allanándose a la mora, por lo tanto, encuentra este despacho, que no se configura, ninguno de los requisitos descritos en el artículo 2.2.3.7.3 del Decreto 1427 de 2022, para que la accionada no proceda a reconocer y pagar las incapacidades aquí pretendidas, lo que de suyo, comporta, la vulneración de los derechos alegados por el actor, al aplicase normas no atinentes a su caso y con ello agravar su situación, teniendo en cuenta que debido a su situación es el ingreso con el que actualmente cuenta para su sostenimiento y el de su familia.

Así las cosas, se concederá el amparo constitucional deprecado por el actor, y en consecuencia, se ordenara a la accionada para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas proceda a reconocer y pagar las incapacidades de los periodos 25/10/2022 al 23/11/2022, 24/11/2022 al 23/12/2022 y 24/12/2022 al 22/01/2023.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Segundo Municipal de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER el amparo al Derecho fundamental al mínimo vital deprecado por la **JOSÉ FERNEY VILLAMIZAR HERNÁNDEZ**, contra **FAMISANAR E.P.S S.A**, conforme a lo narrado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la accionada **FAMISANAR E.P.S S.A** para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de esta decisión proceda a reconocer y pagar las incapacidades de los periodos 25/10/2022 al 23/11/2022, 24/11/2022 al 23/12/2022 y 24/12/2022 al 22/01/2023.

TERCERO: NOTIFICAR esta decisión por el medio más expedito y eficaz a las partes, enterándolas de que cuentan con la impugnación prevista en los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991, en caso que no se encuentren conformes con lo aquí decidido.

CUARTO: Remitir en la oportunidad legal el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que las partes no hagan uso del recurso mencionado en el numeral anterior.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Rocío Cecilia Castillo Mariño'.

**ROCÍO CECILIA CASTILLO MARIÑO
JUEZ**

CPRC