JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL
PALMIRA – VALLE DEL CAUCA

Sentencia n°. 31

Palmira, Valle del Cauca, abril veintiséis (26) de dos mil veintiuno (2021).

Proceso:	Acción de tutela
Accionante:	Duvan Gemay Guzmán Marín
Accionado(s):	Establecimiento de Comercio "Carnecol – Carnes de Colombia"
Radicado:	76-520-40-03-002-2021-00132-00

I. Asunto

Procede el Despacho a proferir el fallo que resuelva la acción de tutela instaurada por DUVAN GEMAY GUZMAN MARÍN, identificado con cédula de ciudadanía número 89.000.284, quien actúa a nombre propio, contra del establecimiento de comercio "CARNECOL – CARNES DE COLOMBIA", por la presunta vulneración de su derecho constitucional fundamental de petición y mínimo vital.

II. Antecedentes

1. Hechos.

Señala el accionante que el 18 de marzo de 2021, radicó derecho de petición ante la empresa "CARNECOL - CARNES DE COLOMBIA" a fin de que se le cancelen los subsidios de incapacidad a él adeudadas. No obstante, aduce que hasta la fecha de presentación de la acción de tutela no se ha dado ninguna respuesta, ni se le han sufragado las incapacidades.

2. Pretensiones.

Por lo anterior, solicita se ordene a "CARNECOL- CARNES DE COLOMBIA", dar respuesta de fondo, clara, completa y congruente a su derecho de petición, así como también le sea reconocido económicamente las incapacidades adeudadas.

3. Trámite impartido.

El Juzgado mediante Auto n.° 844 del 14 de abril de 2021, avocó el conocimiento de la presente acción, ordenando la vinculación de las entidades E.P.S. COMFENALCO VALLE; MINISTERIO DE TRABAJO; MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SALUD-ADRES, al paso la notificación del ente accionado y vinculadas, para que previo traslado del escrito de tutela se pronuncien sobre los hechos y ejerzan su derecho de defensa en el término de tres (3) días, comunicándose por el medio más expedito.

4. Material probatorio.

Se tienen como pruebas aportadas con la demanda las siguientes:

- Cédula de ciudadanía DUVAN GEMAY GUZMAN MARÍN
- Copia derecho fundamental de petición 18 de marzo de 2021
- Copia comunicado a la E.P.S. Comfenalco.
- Memorial contesta interrogantes accionante.
- Incapacidades médicas (23/12/2020 a 06/01/2021; 7/01/2021 a 05/02/2021; 06/02/2021 a 07/03/2021; 08/03/2021 a 08/04/2021 y 09/04/2021 a 08/05/2021).

5. Respuesta de la accionada.

La Coordinadora del Grupo de Acciones Constitucionales del Ministerio de Salud y Protección Social, aduce que la acción de tutela de la referencia se torna en improcedente por falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto dicha entidad no ha violado, viola o amenaza violar los derechos invocados por el accionante, teniendo en cuenta, es la entidad accionada, la encargada de dar contestación al derecho de petición que se estima vulnerado, aunado a ello expone que de conformidad con lo previsto en el Decreto Ley 4107 de 20111, modificado por el Decreto 2562 de 20122, ese Ministerio es un organismo perteneciente a la Rama Ejecutiva del Poder Público, que actuando como ente rector en materia de salud, le corresponde la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS, de donde se deriva que dicha norma ni ninguna otra le haya atribuido competencia para declarar la responsabilidad en la asunción de las prestaciones económicas derivadas de las incapacidades médicas, licencias de maternidad y/o paternidad, seguidamente expone el marco normativo y jurisprudencial sobre el tema de pago de incapacidades médicas, para finalizar diciendo que la presente acción constitucional se torna en improcedente por cuanto existen otros mecanismos legales con los cuales cuenta el actor para hacer efectivos los derechos aquí alegados.

La Representante Legal "CARNECOL- CARNES DE COLOMBIA", asegura que dicho establecimiento realizó el pago de las cesantías de conformidad a lo establecido en la normatividad, toda vez que tal empresa nunca se ha sustraído de sus obligaciones laborales, también se informa que el actor instauró un proceso laboral y que a través de la presente acción solo pretende reclamar la protección de derechos que nunca han sido vulnerados, por lo que solicita se declare improcedente.

El Inspector de Trabajo y Seguridad Social, adscrito a la Dirección Territorial del Valle del Cauca, manifiesta: *"Ni me niego ni me opongo a que se conceda el amparo constitucional deprecado por el accionante, dado que de ninguno de los hechos ni de las pretensiones invocadas se desprende mención alguna en contra del Ministerio de Trabajo – Dirección Territorial Valle del Cauca, igualmente le informo que el petitum no hace alusión a trámite alguno que se haya surtido por las partes ante la mencionada autoridad administrativa, se debe destacar que por expresa disposición legal -artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo- la entidad que representó no es competente para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión como lo es en el presente caso esta atribuida exclusivamente a la Justicia Ordinaria… Debe declararse la improcedencia de la acción de tutela en referencia contra el Ministerio del Trabajo, por falta de legitimación por pasiva, toda vez que esta Entidad no es ni fue la empleadora del accionante, lo que implica que no existe ni existió un vínculo de carácter laboral entre el demandante y esta Entidad, y por lo mismo, no existen obligaciones ni derechos recíprocos entre los dos, lo que da lugar a que haya ausencia por parte de este Ministerio, bien sea por acción u omisión, de vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno. De tal manera, si el Despacho Judicial busca con esta vinculación que ésta Entidad se pronuncie sobre los hechos que originaron la solicitud tutela, es evidente que el Ministerio del Trabajo, no es el llamado a rendir informe sobre el particular, por tanto, debe ser desvinculado de la presente acción, ante la falta de legitimación en la causa por pasiva… En virtud del principio de subsidiariedad de la acción de tutela, considera con el debido respeto este Ministerio, que adicionalmente y sin perjuicio de la decisión constitucional, el accionante dispone de los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos, medios judiciales y procesales ordinarios y apropiados, para resolver las controversias que se suscitan en las relaciones laborales, así se desprende de la previsto por el Código Procesal del Trabajo, que en el artículo 1° determina los asuntos de que conoce la Jurisdicción Ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social y que se tramitarán de conformidad con dicho Código".*

El Jefe de la Oficina Jurídica de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en salud -ADRES-, Luego de relacionar la normatividad frente al tema, expone que, es función de la EPS, y no de la Administradora de los

Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, el reconocimiento prestacional que nos ocupa, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esta Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad. Sin perjuicio de lo anterior, en atención al requerimiento de informe del H. Despacho, es preciso dejar en claro que el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013, el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 establecen de forma precisa qué entidades deben asumir el pago de las incapacidades, teniendo en cuenta la duración de esta. En este punto se reitera, dicha carga legal no está en cabeza de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES. Por último, debe ponerse de presente al Juez Constitucional que, con fundamento en lo establecido en el artículo 6 de la Resolución 6411 de 2016, la ADRES reconoció y liquídalas EPS, por cada afiliado cotizante al régimen contributivo, a partir del proceso de compensación del mes de octubre de la vigencia 2017, 3 puntos adicionales al 0.35% que se venía reconociendo desde enero por concepto de provisión de incapacidades por enfermedad general, incremento que se justifica en el riesgo que el legislador atribuyó a las EPS en el segundo literal a) del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015. Lo anterior significa que ADRES ya ha reconocido a las EPS, incluida la accionada, un incremento porcentual para efectos de que asuman el pago de las incapacidades superiores a 540 días. Por lo que suplica el amparo solicitado por el accionante en lo que tiene que ver con la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor, y en consecuencia desvincular a esta Entidad del trámite de la presente acción constitucional.

El apoderado judicial de la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca COMFENALCO VALLE DE LA GENTE EN SU PROGRAMA EPS, informa que una vez revisados el sistema, las incapacidades números 55655153 de 2021/03/10 a 2021/04/08 y 55655152 de 2021/04/09 a 2021/05/08 del señor DUVAN GEMAY GUZMÁN MARÍN, se encuentran no autorizadas por mora, a cargo del empleador MORALES ECHEVERRI DIANA CAROLINA NIT 1010178082. Igualmente, expresa que es obligación del empleador cancelar las incapacidades en la periodicidad de la nómina sin que se vea afectado el trabajador de acuerdo a la Circular 011 de 1995 y el Decreto 019 de 2012. Finalmente, solicita de declare la improcedencia del amparo constitucional toda vez que el actor cuenta con otros mecanismos judiciales por los cuales puede hacer valer sus derechos, ya que en el presente asunto no se acredito la afectación a su derecho al mínimo vital.

III. Consideraciones

a. Procedencia de la acción

Como condición previa es necesario examinar si se dan en el caso bajo estudio los presupuestos procesales para dictar el fallo.

Competencia

Este Despacho es competente para conocer en primera instancia de la presente Acción de Tutela, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, el Decreto 2591 de 1991, artículo 37, reglamentado por el Decreto 333 de 6 de abril de 2021, en atención a la naturaleza jurídica de la entidad accionada.

Legitimación de las partes:

En el presente caso, el señor DUVAN GEMAY GUZMAN MARÍN, quien actúa en nombre propio, es el titular del derecho presuntamente vulnerado con la actuación de la entidad accionada, razón por la cual, se encuentra legitimado para impetrar esta acción (C.P. art. 86º, Decreto 2591/91 art. 1º).

La acción está dirigida en contra del establecimiento de comercio "CARNECOL-CARNES DE COLOMBIA", a través de su representante legal, entidad de carácter privado que, presuntamente vulneró los derechos del accionante, por lo cual, la acción de tutela procede en su contra, al tenor de lo dispuesto en el numeral 4° del Artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Inmediatez:

La regla general establecida en el artículo 86 de la Constitución y en el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela puede ser propuesta "en todo momento y lugar". No obstante la Corte Constitucional ha establecido que la solicitud de amparo debe ser propuesta dentro de un plazo razonable posterior a la violación de los derechos fundamentales, como se dispuso en la Sentencia SU-961 de 1999 al señalar que *"La tutela debe interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser procedente en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros".*

Este Despacho considera que el requisito de inmediatez se encuentra satisfecho en el caso objeto de estudio, toda vez que la acción de tutela fue interpuesta dentro de un tiempo razonable y prudente.

Subsidiariedad:

El inciso tercero del artículo 86 de la Constitución establece el carácter subsidiario de la acción de tutela al señalar, que "*Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*". En desarrollo de la norma constitucional, el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 reiteró que el amparo no procedería *"Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable",* agregando además, que la eficacia del medio de defensa debe ser apreciada en concreto, atendiendo a las circunstancias del caso. Dentro de esta comprensión se ha aceptado la procedencia definitiva del amparo en aquellas situaciones en las que existiendo recursos judiciales, los mismos no sean idóneos para evitar la vulneración del derecho fundamental.

En aquellos casos en los que la solicitud de información o de documentos es negada bajo el argumento de la reserva documental o de información, se tienen dos posibilidades, dependiendo de quien haya dado la respuesta, es decir, si se trata de una autoridad pública o de un particular. En aquellos eventos en los que la negativa proviene de una autoridad pública, la ley estatutaria sobre derecho de petición tiene previsto el ejercicio del mecanismo de insistencia, como lo dispone el artículo 26 de la Ley 1755 de 2015 al señalar que *"Si la persona interesada insistiere en su petición de información o de documentos ante la autoridad que invoca la reserva, corresponderá al Tribunal Administrativo con jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos, si se trata de autoridades nacionales, departamentales o del Distrito Capital de Bogotá, o al juez administrativo si se trata de autoridades distritales y municipales decidir en única instancia si se niega o se acepta, total o parcialmente la petición formulada".* En sentido contrario la ley estatutaria no prevé un mecanismo administrativo o judicial que pueda o deba ser agotado, por aquellos peticionarios a los que un particular les ha negado la entrega de información o de

documentos alegando la reserva de los mismos. Dentro de esta comprensión, y ante la inexistencia de otro medio de defensa, procede el ejercicio de la acción de tutela.

De acuerdo con el sistema normativo Colombiano, los recursos ordinarios aptos para ventilar las pretensiones de índole económica, específicamente las tendientes a obtener el pago del subsidio de incapacidades laborales son, la solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, en virtud de su función jurisdiccional, o en su defecto, la acción laboral ante el juez natural de la jurisdicción ordinaria. De ésta manera la Corporación Constitucional[1] ha dejado por sentado: *"(…) Por una parte, la Corte ha proferido decisiones en las que ha afirmado que no podía entenderse desplazada la competencia principal del juez de tutela para garantizar la protección directa e imperativa del derecho fundamental a la salud, especialmente en los casos en los que se invocaba la protección del acceso efectivo al servicio. Tales providencias indicaban que no era posible predicar indistintamente la prevalencia del recurso jurisdiccional existente ante la Superintendencia de Salud en conflictos de multiafiliación y relacionados con la solicitud de pago de prestaciones económicas, así como en los que envolvían el acceso a actividades o procedimientos médicos[2]. 1. Por otra parte, este Tribunal ha estimado[3] que el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud tiene carácter principal en las controversias referidas a los asuntos que son competencia de dicha entidad, mientras que el juez de tutela reviste una competencia residual y subsidiaria[4]. En armonía con este entendimiento, ha precisado que, en algunos casos, el procedimiento ante la Superintendencia Nacional de Salud es idóneo y eficaz para garantizar los derechos fundamentales invocados. Por ende, ha declarado la improcedencia de la acción de tutela cuando los peticionarios omitían agotar dicho trámite[5]. En otros casos, pese a reconocer el carácter principal y prevalente del mecanismo jurisdiccional ante dicha autoridad administrativa, ha considerado que no es idóneo o eficaz para el caso concreto[6], por estimar que no puede utilizarse dicho medio judicial en eventos en los que se requiere la protección urgente de los derechos fundamentales invocados o que concurran circunstancias particulares que hagan imperativa la intervención del juez constitucional[7]. En este sentido, la Corte había dicho que al momento de analizar la eficacia e idoneidad del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, el juez constitucional debía considerar las siguientes reglas: (i) primero, el procedimiento ante la Superintendencia se debía considerar como principal y prevalente para resolver los asuntos asignados a su competencia por la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1438 de 2011, entre los que se encuentran el pago de prestaciones económicas a cargo de las entidades promotoras de salud y del empleador[8]; (ii) segundo, cuando la tutela se considerara como residual, el juez* ***debía analizar la idoneidad y eficacia*** *del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia con especial atención de las circunstancias particulares que concurrían en el* ***caso concreto***[9]*. No obstante lo anterior, a criterio de esta Sala de Revisión, la determinación de la idoneidad y la eficacia del mecanismo de protección de los derechos de los usuarios del SGSSS a cargo de la Superintendencia de Salud debe tomar en consideración los elementos de juicio recolectados en el marco del seguimiento que ha realizado esta Corporación a la* ***Sentencia T-760 de 2008***[10]*, a través de su Sala Especial de Seguimiento. 1. Por medio de* ***Auto 668 del 2018***[11]*, la Corte Constitucional citó a Audiencia Pública en el marco del seguimiento de la* ***Sentencia T-760 de 2008****, a diferentes entidades y personas responsables del sistema de salud y a expertos en la materia. Ello, con el fin de evidenciar las problemáticas estructurales que presenta dicho sistema y encontrar soluciones sustanciales y definitivas que permitan avanzar en la efectiva superación de los obstáculos para el goce efectivo del derecho a la salud en Colombia. 2. La diligencia celebrada el 6 de diciembre de 2018 contó con la presencia del Superintendente de Salud, quien señaló entre otras cosas que: (i) para la entidad, en general, es imposible proferir decisiones jurisdiccionales en los 10 días que les otorga como término la ley; (ii) por lo anterior, existe un retraso de entre dos y tres años para solucionar de fondo las controversias conocidas por la entidad en todas sus sedes, especialmente las de carácter económico, que son su mayoría y entre las que se encuentran la reclamación de licencias de paternidad*[12]*; (iii)*

[1] T-114 de 2019

[2] Sentencia T-061 de 2014. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. El fallo determinaba que: "Cabe recordar que, al asumir el análisis sobre la competencia preferente de la Superintendencia Nacional de Salud, es necesario hacer una distinción entre la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento; de un lado, deben observarse los relativos a (i) conflictos sobre multiafiliación, el reconocimiento y pago de prestaciones económicas por parte de la EPS o el empleador, movilidad dentro del SGSSS y reembolsos por asunción de gastos médicos; y del otro, (ii) los casos que envuelvan el acceso a las actividades, procedimientos e intervenciones, con relación al POS. Tal distinción permite discernir que no puede predicarse, indistintamente, la idoneidad del recurso judicial que se analiza frente a todos los asuntos sujetos a su competencia, dadas las garantías que devienen comprometidas en unos u otros conflictos y el nivel de intensidad con que resultan lesionados los atinentes derechos fundamentales. En ese orden, no debe asimilarse la naturaleza de los conflictos contenidos en el primer ítem, a la relativa, exclusivamente, al acceso efectivo al servicio, en razón a las garantías fundamentales que envuelve este último y su conexión indefectible con derechos tan sensibles como la dignidad humana, la salud y la vida misma".

[3] Sentencia T-425 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. De conformidad al fallo: "De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de manera mayoritaria por la Corte Constitucional, el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud es principal y, en consecuencia, la acción de tutela presenta un carácter residual. De esta manera, la acción de amparo procede como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, en cuyo caso, deberá definirse si el perjuicio es inminente, su daño o menoscabo es grave, si las medidas para conjurarlo son urgentes y si la acción de tutela se torna impostergable debido a la urgencia y la gravedad. Además, la tutela procede excepcionalmente en los eventos en que derivado de un análisis se establezca que el mecanismo a surtirse ante la Superintendencia no es idóneo o eficaz".

[4] Sentencia C-119 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Más recientemente en Sentencia T-375 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[5] Sentencias T-635 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-274 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-756 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo; T-825 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo; T-914 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo; T-558 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo; T-603 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-633 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; y T-425 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[6] Sentencias T-004 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo; T-188 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo; T-206 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-316A de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-680 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-450 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[7] Sentencias T-206 de 2013 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-859 de 2014 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-707 de 2016 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-014 de 2017 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-036 de 2017 M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-178 de 2017 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; T-445 de 2017 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-637 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-684 de 2017 M.P. Diana Fajardo Rivera; T-020 de 2018 M.P. José Fernando Reyes Cuartas; T-069 de 2018 M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-208 de 2017 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

[8] Sentencia T-375 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortíz. El fallo indicaba: "*Así las cosas, cuando se trata de una materia que no se encuentre comprendida dentro de los asuntos previamente referidos, el mecanismo ante la Superintendencia Nacional de Salud carecerá de idoneidad".*

[9] En consecuencia, el amparo constitucional procedía, por ejemplo, cuando: *(i) existía riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas; (ii) los peticionarios o afectados se encontraban en situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta o eran sujetos de especial protección constitucional; (iii) se configuraba una situación de urgencia que hacía indispensable la intervención del juez constitucional; o (iv) se trataba de personas que no podían acceder a las sedes de la Superintendencia de Salud ni adelantar el procedimiento a través de internet.* Respecto al último criterio la Sentencia T-375 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Ha precisado que se trata de los casos en los cuales no hay sede de la entidad en el lugar en el cual se reside. De acuerdo con el fallo: "(…) *se ha estimado que para analizar la eficacia e idoneidad del trámite judicial adelantado por la Superintendencia Nacional de Salud se debe tener en cuenta que dicha entidad "no tiene presencia en todo el territorio colombiano ya que su sede principal está ubicada en la ciudad de Bogotá y sus oficinas regionales están en algunas capitales departamentales. Por otra parte, también se debe evaluar que los usuarios puedan (…) adelantar el procedimiento vía internet".*

[10] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[11] M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

[12] Audiencia Pública del 6 de diciembre de 2018. Ante la pregunta de la Magistrada Gloria Stella Ortiz sobre la capacidad de respuesta de la Superintendencia de Salud en sus funciones jurisdiccionales, el jefe de la entidad señaló: *"en Colombia es imposible, Magistrada, hoy, hacer un fallo muchas veces en 10 días de una actuación que amerita hacer un debido proceso (…) hoy no tenemos la infraestructura, la Superintendencia, para responder en los términos que quieren todos los colombianos desde el área jurisdiccional, tenemos un retraso que puede estar en dos y tres años, por qué le menciono esto Magistrada,*

en las oficinas regionales la problemática es aún mayor[13], pues la Superintendencia no cuenta con la capacidad logística y organizativa para dar solución a los problemas jurisdiccionales que se le presentan fuera de Bogotá, ya que carece de personal especializado suficiente en las regionales y posee una fuerte dependencia de la capital[14]. 3. En consecuencia, es posible concluir que, de conformidad con lo expresado por el Superintendente de Salud a la Sala Plena de la Corte Constitucional, la entidad tiene una capacidad administrativa limitada respecto de sus facultades jurisdiccionales para resolver los conflictos que se le presentan de conformidad con lo establecido en la Ley. ***Por lo tanto, mientras persistan dichas dificultades y de conformidad con las circunstancias concretas del caso estudiado, el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud no es un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de derechos fundamentales de los usuarios del SGSSS, razón por la cual la acción de tutela es el medio eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados por el accionante*** *(…)* (Se destaca).

Por lo anterior, en principio, dicha reclamación quedaría comprendida dentro de las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, en virtud de lo dispuesto en el literal b) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, pues si bien, la Corte Constitucional en su último pronunciamiento relacionado párrafos pretéritos, estableció que el recurso jurisdiccional a cargo de la Superintendencia de Salud, como el recurso judicial propio de la jurisdicción ordinaria, carece de idoneidad y eficacia para exigir la protección de las garantías constitucionales, lo cierto es que dejó por sentado que la intervención de juez constitucional se debía al caso en concreto. En otros términos, las discusiones que versan sobre el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, como son los subsidios de incapacidad, deben ser controvertidas en principio en el natural espacio de debate de la jurisdicción laboral o contencioso administrativa, o ante la Superintendencia Nacional de Salud, según el caso, y sólo de manera excepcional a través de la acción de tutela, siempre y cuando, el medio de defensa judicial previsto en el ordenamiento jurídico, apreciado en concreto, no resulte eficaz para la protección del derecho fundamental invocado – como el mínimo vital-, y que las circunstancias específicas del caso hagan necesaria la intervención del juez de tutela.

Así las cosas, en el presente asunto, esta judicatura considera que para este caso concreto, la acción de tutela interpuesta resulta procedente. Lo anterior, debido a que tanto el recurso jurisdiccional a cargo de la Superintendencia de Salud, como el recurso judicial propio de la jurisdicción ordinaria, carecen de idoneidad y eficacia para exigir la protección de las garantías constitucionales denunciadas como vulneradas, de lo contrario, puede implicar una afectación grave de los derechos fundamentales del tutelante, toda vez que en su escrito tutelar, manifiesta que dicho subsidio reemplaza la remuneración mínima vital móvil, razones más que suficientes para que el Juez Constitucional estudie en asunto en cuestión.

b. Problema jurídico a resolver

Corresponde a esta instancia determinar dos problemas jurídicos, así:

- ¿El establecimiento de comercio CARNECOL- CARNES DE COLOMBIA, ha vulnerado el derecho fundamental de petición del señor DUVAN GEMAY GUZMÁN MARÍN, al no brindar una respuesta oportuna, de fondo, clara y congruente a su solicitud?.

- ¿El El establecimiento de comercio CARNECOL- CARNES DE COLOMBIA, ha vulnerado el derecho fundamental al mínimo vital del señor DUVAN GEMAY GUZMÁN MARÍN, como consecuencia del no pago de los subsidios de

porque el 90% de los procesos que llegan a la Superintendencia al área jurisdiccional son económicos: licencias de paternidad, licencias de maternidad (…)" (extracto transcrito).

[13] La oficina principal de la Superintendencia Nacional de Salud se encuentra ubicada en la ciudad de Bogotá. No obstante, la entidad también cuenta con oficinas regionales en Medellín (Regional Antioquia), Barranquilla (Regional Caribe), Bucaramanga (Regional Nororiental), Cali (Regional Occidental), Neiva (Regional Sur) y Quibdó (Regional Chocó).

[14] Audiencia Pública del 6 de diciembre de 2018. Ante el cuestionamiento formulado por el Magistrado Rojas Ríos sobre la capacidad jurisdiccional de la Superintendencia de Salud en las regiones del país, el jefe de la entidad señaló: *"(…) la capacidad de la Superintendencia Nacional, Magistrado, nosotros tenemos presencia en seis regionales, yo tengo funcionarios prácticamente por todo el país, muy pocos (…) solamente tengo seis regiones, desafortunadamente los funcionarios que hoy tengo en las regiones, no sé con qué criterio ni con qué características fueron designados, hay unas regiones que son más administrativas, donde casi todos son administradores de empresas, otras son más jurídicas, nosotros tenemos que replantear, ya estamos en un proceso de reorganización de la entidad que hace necesario, y efectivamente necesitamos fortalecer la Superintendencia en las regiones porque hoy no tenemos capacidad de interlocución, lo máximo que hace un funcionario mío fuera de Bogotá es recibir la petición , la queja o el reclamo, pero no tiene la capacidad de interlocución, ni de solucionar en el campo el problema, hoy dependen de Bogotá (…)" (extracto transcrito).*

incapacidad comprendidos en los periodos 23/12/2020 a 06/01/2021; 7/01/2021 a 05/02/2021; 06/02/2021 a 07/03/2021; 08/03/2021 a 08/04/2021 y 09/04/2021 a 08/05/2021?

c. Tesis del despacho

Considera el despacho que en el presente amparo, si existe una vulneración del derecho fundamental de petición, toda vez que la accionada CARNECOL- CARNES DE COLOMBIA, no dio respuesta oportuna a la solicitud presentada por el accionante, pues si bien dicha entidad dio contestación a la acción pública constitucional, lo cierto es que nada dijo respecto de la respuesta que debía brindarle al peticionario, pues en el escrito presentado solo se limita a pronunciarse sobre el pago de cesantías, hechos que no son objeto del presente trámite tutelar.

De otro lado, también se presenta una vulneración grave de derecho fundamental al mínimo vital que permite excepcionalmente la procedencia de la acción de tutela, atendiendo a las circunstancias especiales del accionante, que hace que la intervención del juez constitucional se haga necesaria e inminente, pues el reconocimiento económico de los subsidios de incapacidad que hoy reclama remplazan la remuneración mínima vital, donde el empleador ha debido cancelar tales conceptos, máxime cuando –reitérese- en la contestación brindada por CARNECOL- CARNES DE COLOMBIA, guarda silencio sobre estos hechos. Razón por la cual habrá de concederse la acción de tutela de conformidad con la jurisprudencia nacional vigente y bajo los argumentos que se expondrán con posterioridad.

d. Fundamentos jurisprudenciales

Sobre el derecho de petición:

De conformidad con el artículo 23 de la Constitución Política de 1991, toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas ante las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener una pronta resolución. Tal derecho permite hacer efectivos otros derechos de rango constitucional, por lo que ha sido considerado por la jurisprudencia como un derecho de tipo instrumental[15], en tanto que es uno de los mecanismos de participación más importantes para la ciudadanía, pues es el principal medio que tiene para exigir a las autoridades el cumplimiento de sus deberes[16].

El derecho de petición, según la jurisprudencia constitucional, tiene una finalidad doble: por un lado permite que los interesados eleven peticiones respetuosas a las autoridades y, por otro, garantiza una respuesta oportuna, eficaz, de fondo y congruente con lo solicitado. Ha indicado la Corte que *"(…) dentro de sus garantías se encuentran (i) la pronta resolución del mismo, es decir que la respuesta debe entregarse dentro del término legalmente establecido para ello; y (ii) la contestación debe ser clara y efectiva respecto de lo pedido, de tal manera que permita al peticionario conocer la situación real de lo solicitado (…)"*[17]. En esa dirección también ha sostenido que a este derecho se adscriben tres posiciones[18]: *"(…) (i) la posibilidad de formular la petición, (ii) la respuesta de fondo y (iii) la resolución dentro del término legal y la consecuente notificación de la respuesta al peticionario (…)"*[19].

Procedimiento y obligados al pago de incapacidades laborales, cuando se trata de enfermedad de origen común[20]

La Corporación Constitucional en sentencia T-333 de 2013, resumió las mentadas

[15] C-748/11 y T-167/13
[16] Sentencia T-430/17.
[17] Sentencia T-376/17.
[18] Sentencia C-951 de 2014.
[19] T-814/05, T-147/06, T-610/08, T-760/09, C-818/11, C-951/14
[20] T-020/18

disposiciones para clarificar las entidades a quienes les corresponde cancelar el subsidio de incapacidad por enfermedad general hasta los 180 días, tal como se peticiona en esta acción de tutela, así: *"(…) 4.2. El primer referente normativo sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales ocasionadas por enfermedad no profesional se encuentra en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra el derecho del trabajador a obtener de su empleador un auxilio monetario hasta por 180 días, en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores. Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, dicha tarea quedó en manos de las entidades encargadas de asegurar las contingencias en materia de seguridad social. El artículo 206 dispuso que el régimen contributivo asumiría el reconocimiento de "las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes", y autorizó a las EPS para subcontratar el cubrimiento de esos riesgos con compañías aseguradoras. En esa dirección, y en concordancia con lo previsto en el Decreto 1049 de 1999, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se ha entendido que el empleador es responsable del pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días y que las EPS cubren las que se causen desde entonces y hasta el día 180, a menos que el empleador no haya afiliado a su trabajador al SGSSI o haya incurrido en mora en las cotizaciones sin que la EPS se hubiera allanado a ella, en cuyo caso las incapacidades correrán por su cuenta (…)".*

Por consiguiente, en las hipótesis reseñadas, de incapacidad por enfermedad general, el encargado de cubrirla por el primer período, menor a 3 días es el empleador. A partir de allí y hasta los 180 días, la responsable de cancelar ese monto es la respectiva Entidad Prestadora de Salud. Con todo, en obediencia a lo establecido por el artículo 121[21] del Decreto Ley 019 de 2012, corresponde al empleador, de manera directa, reclamar ante la E.P.S. el reconocimiento de las incapacidades que el trabajador le ponga en conocimiento.

El procedimiento y la competencia para el pago de dichas incapacidades que sobrepasan los 180 días, en lo relacionado con la calificación de invalidez, la misma Corporación Constitucional en la sentencia T-401 de 2017 recapituló las reglas para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por enfermedad común, desde el día 1 hasta el día 540, así: *"(…) (i) Los primeros dos días de incapacidad el empleador deberá asumir el pago del auxilio correspondiente. (ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las EPS. (iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las AFP, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable. (iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto (…)".*

De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente.

e. Caso concreto:

En el asunto bajo examen, se tiene que el señor DUVAN GEMAY GUZMÁN MARÍN, formuló el pasado 18 de marzo, derecho de petición al establecimiento comercial accionado, con el fin de que se le informara a quien le correspondía cancelar los subsidios de incapacidad ordenados por su médico tratante. No obstante, aseguró que hasta la fecha de presentación del amparo no obtuvo ninguna respuesta y al paso solicita que se ordene el pago de las mismas, debido a que tales erogaciones se convierten en un sustituto de su salario.

Por su parte la entidad accionada CARNECOL - CARNES DE COLOMBIA, si bien dio contestación a la acción pública constitucional lo cierto es que no se pronunció respecto del aludido derecho de petición ni de la cancelación de las incapacidades, pues en su escrito solo refiere al pago de las cesantías, hechos que no han sido cuestionados en este trámite, debiendo este Despacho dar aplicación a lo indicado en el art. 20 del Decreto 2591 de 1.991, de donde se infiere como ciertos los hechos invocados en el libelo demandatorio y al paso se evidencia que persiste la vulneración a los derechos fundamentales invocados.

[21] Art. 121 Trámite de reconocimiento de incapacidades y licencias de maternidad y paternidad. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento. Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia.»

Por lo anterior, deviene que se ordenará delanteramente y sin necesidad de hacer mayores elucubraciones, a la entidad accionada brinde una respuesta clara, precisa y congruente a la petición formulada por el actor mediante escrito de 18 de marzo de 2021, del cual hasta la presente fecha no se ha obtenido contestación.

De otro lado, y constatado el acervo probatorio allegado a la litis, se evidencia que efectivamente el actor constitucional, informó a su empleador respecto de las incapacidades correspondiente a los periodos: 23/12/2020 a 06/01/2021; 7/01/2021 a 05/02/2021; 06/02/2021 a 07/03/2021; 08/03/2021 a 08/04/2021 y 09/04/2021 a 08/05/2021, medidas que fueron ordenadas por su médico tratante, pues la entidad accionante no ha desvirtuado tales supuestos fácticos.

Es de aclarar que, si bien la E.P.S. COMFENALCO, manifestó que CARNECOL - CARNES DE COLOMBIA, se encuentra en mora en el pago de los aportes, lo cierto es que en obediencia a lo establecido en el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, le corresponde al empleador cancelar de manera directa las licencias que el trabajador le ponga en conocimiento, donde la empresa accionada a su vez podrá reclamar lo pertinente ante la E.P.S, tal y como lo establece la jurisprudencia en cita, pues, el Sistema General de Seguridad Social establece la protección a la que tienen derecho aquellos trabajadores que, en razón a la ocurrencia de un accidente laboral o una enfermedad de origen común, se encuentran incapacitados para desarrollar sus actividades laborales tal y como ocurre en el presente asunto y, en consecuencia, están imposibilitados para proveerse sustento a través de un ingreso económico. Dicha protección se materializa mediante diferentes figuras tales como: el pago de las incapacidades laborales, seguros, auxilio y pensión de invalidez contempladas todas estas, en la Ley 100 de 1993[22], Decreto 1049 de 1999, Decreto 2943 de 2013[23], la Ley 692 de 2005, entre otras disposiciones.

Las referidas medidas de protección buscan reconocer la importancia que tiene el salario de los trabajadores en la salvaguarda de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. Así lo ha sostenido esa Corporación[24] al referirse particularmente a la incapacidades, estableciendo que el procedimiento para el pago de las mismas se han creado *"(…) en aras de garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, cuando sea el caso. Tal hecho permite concluir que el Sistema de Seguridad Social está concebido como un engranaje en el cual se establece que ante una eventual contingencia exista una respuesta apropiada"*[25]

Bajo esa línea, la Corte mediante sentencia T-490 de 2015 fijó unas reglas en la materia, señalando que: *"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."*

En consecuencia, durante los periodos en los cuales un trabajador no se encuentra en condiciones de salud adecuadas para realizar las labores que le permitan devengar el pago de su salario, el reconocimiento de incapacidades constituye como una garantía de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. De allí, que la Corte reconozca que sin dicha prestación, se presume la vulneración de los derechos en mención[26].

---

[22] *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*

[23] Por el cual se modifica el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999. *Por el cual se adoptan unas disposiciones reglamentarias de la Ley 100 de 1993, se reglamenta parcialmente el artículo 91 de la Ley 488 de diciembre 24 de 1998, se dictan disposiciones para la puesta en operación del Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral, se establece el régimen de recaudación de aportes que financian dicho Sistema y se dictan otras disposiciones".*

[24] Sentencia T-161/19

[25] Corte Constitucional, sentencia T-876 de 2013 (M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) reiterada en sentencias T- 200 de 2017 (M.P (e) José Antonio Cepeda Amarís), T-312 de 2018 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo), entre otras

[26] Corte Constitucional, sentencia T- 200 de 2017 (M.P (e) José Antonio Cepeda Amarís).

Se avista entonces, una afectación del derecho al mínimo vital del señor DUVAN GEMAY GUZMÁN MARÍN, de la cual se hace necesario adoptar medidas urgentes para remediar esta situación, pues, la intervención en ese entorno económico precario no admite ser postergado porque afecta directamente las condiciones mínimas que se requieren para vivir en condiciones de dignidad. Así las cosas, se tiene por sentado que el establecimiento comercial accionado desconoció la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así como la normatividad sobre la materia, al dilatar de forma injustificada el pago de incapacidades. Concluyendo de esta manera que existe una vulneración al mínimo vital del progenitor de la acción, que permite excepcionalmente la procedencia de la acción de tutela, atendiendo a las circunstancias especiales, pues en el escrito de tutela el promotor de la acción, afirmó que dicho reconocimiento económico remplaza la remuneración mínima vital y en la actualidad se encuentra incapacitado para realizar sus labores, hechos que no fueron desvirtuados por la entidad accionada y por ende amerita plena credibilidad, y al paso hace la intervención del juez constitucional urgente a fin de ordenar a CARNECOL- CARNES DE COLOMBIA efectué el pago de las incapacidades que adeuda al actor sin exigir ningún tipo de trámite administrativo adicional, con el propósito de restablecer el derecho fundamental al mínimo vital y la vida en condiciones dignas y quien a su vez podrá gestionar ante la respectiva EPS legalizar su pago de conformidad con la normatividad vigente para ello.

Por último, como quiera que, se encuentra acreditado que la obligación de hacer el reconocimiento económico de las incapacidades le corresponde a CARNECOL-CARNES DE COLOMBIA, se ordenará la desvinculación las entidades E.P.S. COMFENALCO VALLE; MINISTERIO DE TRABAJO; MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SALUD-ADRES.

IV. Decisión:

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE PALMIRA -VALLE DEL CAUCA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Resuelve

PRIMERO: **TUTELAR** el derecho fundamental de petición dentro de la acción de tutela formulada por DUVAN GEMAY GUZMAN MARÍN, identificado con cedula de ciudadanía número 89.000.284, contra el establecimiento de comercio "CARNECOL-CARNES DE COLOMBIA", de conformidad con lo esgrimido en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR al establecimiento de comercio "CARNECOL- CARNES DE COLOMBIA", que en el término improrrogable de 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, brinde una respuesta clara, precisa y congruente a la petición de 18 de marzo de 2021, formulada por el señor DUVAN GEMAY GUZMAN MARÍN, identificado con cédula de ciudadanía número 89.000.284.

TERCERO: TUTELAR los derechos fundamentales al mínimo vital y dignidad humana dentro de la presente acción de tutela formulada por DUVAN GEMAY GUZMAN MARÍN, identificado con cedula de ciudadanía número 89.000.284, contra el establecimiento de comercio "CARNECOL- CARNES DE COLOMBIA", de conformidad con lo vertido en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR al establecimiento de comercio "CARNECOL - CARNES DE COLOMBIA", que en el término improrrogable de 48 horas siguientes a la notificación

de este fallo, cancele al señor DUVAN GEMAY GUZMAN MARÍN, identificado con cedula de ciudadanía número 89.000.284, los subsidios de incapacidad de los periodos comprendidos entre 23/12/2020 a 06/01/2021; 7/01/2021 a 05/02/2021; 06/02/2021 a 07/03/2021; 08/03/2021 a 08/04/2021 y 09/04/2021 a 08/05/2021, sin dilaciones, ni trámites administrativos adicionales.

QUINTO: NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes por el medio más expedito, conforme a lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1.991.

SEXTO: Este fallo de tutela podrá ser impugnado sin perjuicio de su cumplimiento inmediato como lo estipula el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. En caso de ser impugnado, se enviará de manera inmediata al Juez Civil del Circuito –Reparto- de esta ciudad. De no ser impugnada la decisión, **REMÍTANSE** estas diligencias oportunamente a la Corte Constitucional para su eventual **REVISIÓN** conforme a lo previsto en el art. 32 ibídem.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ERIKA YOMAR MEDINA MERA
JUEZA

Firmado Por:

ERIKA YOMAR MEDINA MERA
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 002 CIVIL MUNICIPAL PALMIRA

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:
884bf0ccf9b196e5049b0beddb7d5cd5e7ea3b63d3dc051086b39ec84d004911
Documento generado en 26/04/2021 10:47:40 AM

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