



**JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL
PALMIRA – VALLE DEL CAUCA**

Sentencia n.º. 71

Palmira, Valle del Cauca, septiembre nueve (9) de dos mil veintiuno (2021).

Proceso:	Acción de tutela
Accionante:	John Jairo Prado Aparicio
Accionado(s):	E.P.S. Servicio Occidental de Salud "S.O.S."
Radicado:	76-520-40-03-002-2021-00276-00

I. Asunto

Procede el Despacho a proferir el fallo que resuelva la acción de tutela instaurada por JOHN JAIRO PRADO APARICIO, identificado con cédula de ciudadanía número 94.327.845, quien actúa a nombre propio, contra la E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD "S.O.S.", por la presunta vulneración de su derecho constitucional fundamental de petición y mínimo vital.

II. Antecedentes

1. Hechos.

Señala el accionante que el 9 de julio de 2021, radicó derecho de petición ante la E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD "S.O.S.", a fin de que se le cancelen los subsidios de incapacidad a él adeudados, en razón a haberle expedido certificado de aislamiento por presunto contagio de COVID-19, entre los días 18 a 28 de junio del hogaño, siendo confirmado como positivo para COVID-19, el 24 de junio de 2021, y donde le fueron concedidos 2 días de incapacidad, en el periodo 29 y 30 de junio. No obstante, afirma que hasta la fecha de presentación de la acción de tutela no se ha dado respuesta a su petición.

2. Pretensiones.

Por lo anterior, solicita se ordene a la "E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD "S.O.S.", dar respuesta de fondo, clara, completa y congruente a su derecho de petición, así como también le sean canceladas las incapacidades otorgadas entre el periodo de 18 a 28 de junio de 2021.

3. Trámite impartido.

Una vez, subsanadas las falencias descritas en el auto n.º 1625 del 23 de agosto de 2021, mediante proveído n.º 1691 de agosto 27 de 2021, se admitió la presente acción constitucional, ordenando la vinculación de las entidades IPS COMFANDI; EMPRESA ROMARCO S.A, MINISTERIO DE TRABAJO, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, al paso se dispuso 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:

- Derecho fundamental de petición 9 de julio de 2021
- Cédula de ciudadanía JOHN JAIRO PRADO APARICIO
- Certificado de aislamiento
- Incapacidades dos (2) días a partir del 29 de junio de 2021
- Historia Clínica
- Prueba positiva Covid-19

5. Respuesta de la accionada.

El apoderado y Representante Legal para asuntos judiciales de Servicio Occidental de Salud E.P.S "SOS", delantamente señala que el derecho de petición formulado por el accionante fue remitido al correo electrónico pradojohn80@gmail.com el día 31 de agosto de 2021, en el cual se le informó que el certificado de aislamiento preventivo no constituye un certificado de incapacidad temporal, señalando el marco normativo de ello, razón por la cual aduce que no existe vulneración a derechos fundamentales, presentándose una carencia actual de objeto.

La apoderada judicial de la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca - COMFAMILIAR ANDI – (COMFANDI), enfatiza que dicha entidad es una Institución Prestadora de Servicios de Salud, (I.P.S) y no una Entidad Promotora de Salud (E.P.S), por lo tanto, no se encuentra dentro de sus obligaciones legales y contractuales, el reconocimiento y pago de prestaciones económicas por incapacidad médica, dicha obligación corresponde la Entidad Promotora de Salud a la cual se encuentra afiliada la parte accionante, razón por la cual alega una falta de legitimación en la causa por pasiva y solicita se declare improcedente.

La Asesora de la Oficina Jurídica del Ministerio de Trabajo, aduce que la presente acción torna improcedente frente a dicho Ministerio, por cuanto no se ha vulnerado derechos fundamentales y siendo ello así, no existe legitimación en la causa por pasiva. No obstante hace un recuento del marco normativo respecto al reconocimiento y pago de incapacidades y aislamiento preventivo por COVID-19.

La Coordinadora del Grupo de Acciones Constitucionales del Ministerio de Salud y Protección Social, manifiesta que frente a los hechos descritos en la tutela, debe señalarse que a este Ministerio no le consta nada de lo dicho por la parte accionante, puesto que dicho ente, no tiene dentro de sus funciones y competencias la prestación de servicios médicos ni la inspección, vigilancia y control del sistema de salud, sólo es la entidad rectora de las políticas del Sistema General de Protección Social en materia de salud, pensiones y riesgos profesionales, razón por la cual aduce desconocer los antecedentes que originaron los hechos narrados y por ende las consecuencias sufridas, sin embargo hace referencia a las normas aplicables frente al pago de incapacidades, de aquellas derivadas por el diagnóstico confirmado de COVID-19 y periodo de aislamiento, para finalizar con la normatividad respecto del derecho de petición y solicitar la improcedencia del amparo constitucional.

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 JHON JAIRO PRADO APARICIO, 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).

De otro lado, acción está dirigida en contra de la E.P.S. S.O.S, por lo que, al tratarse de una entidad perteneciente al Sistema General de Seguridad Social, a la que presuntamente se les atribuye la vulneración de los derechos fundamentales en discusión, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2º del Artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede en su contra.

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 Constitucional¹ 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 multifiliación y relacionados con la solicitud de pago de prestaciones económicas, así como en los que envolvían el acceso a actividades o procedimientos médicos". 1. Por otra parte, este Tribunal ha estimado³ 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 subsidiaria⁴. 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 trámite⁵. 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 concreto⁶, 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 concurren circunstancias particulares que hagan imperativa la intervención del juez constitucional⁷. 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 empleador⁸; (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

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 multifiliación, 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 surtir 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 Ortiz. 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.

*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 paternidad¹²; (iii) en las oficinas regionales la problemática es aún mayor¹³, 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 capital¹⁴. 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:

- ¿La E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD "S.O.S.", ha vulnerado el derecho fundamental de petición del señor JHON JAIRO PRADO APARICIO, al no brindar una respuesta oportuna, de fondo, clara y congruente a su solicitud?.

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, 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 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).

- ¿La E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD "S.O.S.", ha vulnerado el derecho fundamental al mínimo vital del señor JHON JAIRO PRADO APARICIO, como consecuencia del no pago del periodo de aislamiento preventivo por COVID-19, concedido en el periodo 18 a 28 de junio de 2021?

c. Tesis del despacho

Considera el despacho que en el presente amparo, no existe una vulneración del derecho fundamental de petición, toda vez que la accionada E.P.S. S.O.S, dio respuesta en el devenir procesal del presente amparo constitucional desapareciendo la afectación invocada, presentándose así el fenómeno jurídico de la carencia actual de objeto por hecho superado.

Ahora, respecto de la solicitud de pago del periodo de aislamiento preventivo por sospecha de COVID-19, se tiene que dicha pretensión resulta improcedente por cuanto el accionante cuenta con otros recursos o medios de defensa judiciales, amén de que tampoco se ha demostrado un perjuicio irremediable a fin de que la acción de tutela pueda salir adelante como mecanismo transitorio.

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 instrumental¹⁵, 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 deberes¹⁶.

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 posiciones¹⁸: "(...) (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.

Carencia actual de objeto por hecho superado

La jurisprudencia de la Corporación Constitucional, en reiteradas oportunidades, ha señalado que la carencia actual de objeto sobreviene cuando frente a la petición de amparo, la orden del juez de tutela no tendría efecto alguno o "caería en el vacío"²⁰. Al respecto se ha establecido que esta figura procesal, por regla general, se presenta en aquellos casos en que tiene lugar un daño consumado o un hecho superado.

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 Sentencia T-235 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, en la cual se cita la Sentencia T-533 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

El *hecho superado* tiene ocurrencia cuando lo pretendido a través de la acción de tutela se satisface y desaparece la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados por el demandante, de suerte que la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua y, por lo tanto, contraria al objetivo de protección previsto para el amparo constitucional²¹ En este supuesto, no es perentorio incluir en el fallo un análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales cuya protección se demanda, salvo *"si considera que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, [ya sea] para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes, si así lo considera. De otro lado, lo que sí resulta ineludible en estos casos, es que la providencia judicial incluya la demostración de la reparación del derecho antes del momento del fallo. Esto es, que se demuestre el hecho superado"*²². Precisamente, en la Sentencia T-045 de 2008, se establecieron los siguientes criterios para determinar si, en un caso concreto, se está o no en presencia de un hecho superado, a saber: *"1. Que con anterioridad a la interposición de la acción exista un hecho o se carezca de una determinada prestación que viole o amenace violar un derecho fundamental del accionante o de aquél en cuyo favor se actúa. 2. Que durante el trámite de la acción de tutela el hecho que dio origen a la acción que generó la vulneración o amenaza haya cesado. 3. Si lo que se pretende por medio de la acción de tutela es el suministro de una prestación y, dentro del trámite de dicha acción se satisface ésta, también se puede considerar que existe un hecho superado."*

Procedimiento y obligados al pago de incapacidades laborales, cuando se trata de enfermedad de origen común²³

La Corporación Constitucional en sentencia T-333 de 2013, resumió las mentadas 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 121²⁴ 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 (...)"*.

²¹ Sentencia T-678 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, en donde se cita la Sentencia SU-540 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Al respecto, el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991 dispone que: "[s]i, estando en curso la tutela, se dictare resolución, administrativa o judicial, que revoque, detenga o suspenda la actuación impugnada, se declarará fundada la solicitud únicamente para efectos de indemnización y de costas, si fueren procedentes".

²² Sentencia T-685 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

²³ T-020/18

²⁴ 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.»

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.

Aislamiento preventivo por contagio de COVID-19

Respecto a los periodos de aislamiento preventivo por contagio del Covid-19 o sospecha de contagio, el Decreto 1109 de 2020 estableció las medidas que deben tomarse con el fin de que los trabajadores continúen percibiendo ingresos a pesar de la necesidad de la medida que restringe la prestación de los servicios.

Para los casos en los que la prueba médica de Covid-19 sea positiva, y el personal médico no encuentre necesario que el paciente sea incapacitado, el artículo 8 ibídem determina que por parte del empleador se debe dar prioridad para que el trabajador pueda realizar su labor a través de teletrabajo: *"Artículo 8. Sostenibilidad del aislamiento para los afiliados a los Regímenes Contributivo y Subsidiado de salud. Los afiliados cotizantes al Régimen Contributivo que sean diagnosticados con Covid - 19 contarán con los recursos económicos derivados de la incapacidad por enfermedad general o por enfermedad laboral, según corresponda, que reconozcan la Entidades Promotoras de Salud o las Administradoras de Riesgos Laborales para garantizar el aislamiento de ellos y su núcleo familiar. Los afiliados cotizantes al Régimen Contributivo que sean diagnosticados con Covid - 19 y frente a los cuales el médico tratante considera que no es necesario generar una incapacidad por las condiciones físicas en las que se encuentra, serán priorizados para realizar teletrabajo o trabajo en casa, durante el término del aislamiento obligatorio".*

El Ministerio de Salud, en el Concepto No. 202031300943191 del 24 de junio de 2020, dio una serie de parámetros frente a la forma como deben proceder empleadores y EPS cuando se ordena a un trabajador un periodo de aislamiento preventivo, tanto en los casos donde existe un diagnóstico positivo de contagio de Covid-19, como en aquellos casos en los que no existe prueba médica sobre el padecimiento de dicha enfermedad: *"Una incapacidad médica corresponde a aquella situación de inhabilidad física o mental de una persona para desempeñarse laboralmente por un tiempo determinado. En este sentido, en caso de presentarse una o varias condiciones médicas derivadas del diagnóstico de COVID-19 o cualquier otro diagnóstico, el médico tratante deberá expedir la correspondiente incapacidad médica, en virtud de la autonomía médica establecida por el artículo 105 de la Ley 1438 de 2011 y el artículo 17 de la Ley Estatutaria en Salud, Ley 1751 de 2015. Por lo anterior, las EPS reconocerán y pagarán, previo cumplimiento de las 4 semanas de cotización requeridas, las incapacidades en los casos calificados como de origen común y las ARL reconocerán y pagarán las incapacidades calificadas de origen laboral. Ahora bien, para los casos de aislamiento preventivo sin que medie el diagnóstico del COVID-19 o algún otro diagnóstico que amerite la expedición de una incapacidad médica, a criterio de esta Dirección y en concordancia con lo establecido por el Gobierno Nacional a través del Ministerio del Trabajo, se determinaron unas medidas que se pueden utilizar para la protección de los trabajadores no incapacitados y con indicaciones de aislamiento preventivo (...)". (Se destaca)*

De conformidad con lo expuesto por el Ministerio de Salud, en aquellos casos en que se ordene un periodo de aislamiento preventivo, sin que medie prueba médica que compruebe la presencia del virus en el organismo, el empleador puede aplicar, en la medida de sus posibilidades, alguna de las medidas dispuestas por el Ministerio del Trabajo en las Circulares 022 y 033 de 2020, debiendo permitirle al trabajador prestar sus servicios a través de cualquiera de las modalidades de teletrabajo.

Por lo anterior, el empleador durante la emergencia sanitaria podrá hacer uso de cualquiera de las siguientes opciones adoptadas por el Gobierno Nacional con el fin de conservar los empleos: i) Trabajo en casa, ii) Teletrabajo, iii) Jornada laboral flexible, iv) Vacaciones anuales, anticipadas y colectivas, v) Permisos remunerados, vi) Licencia remunerada compensable, vii) Modificación de la jornada laboral y concertación de salario, viii) Modificación o suspensión de beneficios extralegales, y ix) Concertación de beneficios convencionales.

Finalmente, se debe tener en cuenta, que el periodo de aislamiento preventivo no puede prologarse indefinidamente, pues por disposición legal, el termino máximo es de 14 días: *"Artículo 4. Medidas preventivas de aislamiento y cuarentena. Las medidas preventivas de aislamiento y cuarentena adoptadas en la Resolución 380 de 2020, serán aplicadas por un término de 14 días".*

Terminado este periodo, el empleador debe permitir el reintegro del trabajador a sus labores, a menos que el médico tratante dictamine que debe ampliarse el periodo

de aislamiento preventivo, caso en el cual se debe aplicar nuevamente las medidas establecidas en las circulares expedidas por el Ministerio del Trabajo y en el Decreto 1109 de 2020.

e. Caso concreto:

En el asunto bajo examen, se tiene que el señor JHON JAIRO PRADO APARICIO, formuló el pasado 19 de julio, derecho de petición a la E.P.S. S.O.S., con el fin de que se cancelara el periodo otorgado como aislamiento preventivo por sospecha de COVID-19, situación de la cual aseguró que hasta la fecha de presentación del amparo no obtuvo ninguna respuesta.

Por lo anterior, éste despacho pudo constatar que durante el trámite tutelar cesó la conducta que dio origen al presente amparo y que fundamentó la pretensión invocada respecto al derecho fundamental de petición. En efecto, como se infiere de la respuesta enviada por la E.P.S. S.O.S, de la cual se evidencia que se trata de una respuesta de fondo, además de ello, es clara y congruente con lo solicitado, situación que fue corroborada por la escribiente de este despacho, vía comunicación telefónica con el señor PRADO APARICIO, quien informó haber recibido contestación a su solicitud, pues, el derecho de petición no implica una prerrogativa en virtud de la cual, el agente que recibe la petición se vea obligado a definir favorablemente las pretensiones del solicitante, razón por la cual no se debe entender conculcado este derecho cuando la autoridad responde al peticionario, aunque la respuesta sea negativa.

Es de advertir, que la jurisprudencia de la Corporación Constitucional, en reiteradas oportunidades, ha señalado que la carencia actual de objeto sobreviene cuando frente a la petición de amparo, la orden del juez de tutela no tendría efecto alguno o "caería en el vacío"²⁵. Al respecto se ha establecido que esta figura procesal, por regla general, se presenta en aquellos casos en que tiene lugar un daño consumado o un hecho superado tal y como ocurre en el presente caso frente al derecho fundamental de petición.

Ahora frente a la solicitud del pago del periodo de aislamiento preventivo por sospecha de COVID-19, es de advertir que, en atención a la naturaleza prestacional y económica del derecho que se reclama, considera el Despacho, que en el presente caso no se cumple el requisito de *subsidiariedad* para que la discusión se ventile por medio de la acción de tutela, sino que por el contrario, debe acudir al mecanismo ordinario de defensa judicial ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral, por las razones que se pasan a exponer:

Como se esbozó en el marco normativo de esta providencia, para la procedencia del mecanismo constitucional es imprescindible acreditar que no se cuenta con otros medios de defensa judicial, o que teniéndolos, éstos no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados y si bien en un principio se dejó sentado que ameritaba un estudio de fondo por cuanto las conductas denunciadas podría vulnerar el derecho fundamental al mínimo vital, lo cierto es que, en este caso, la discusión deviene del reconocimiento y pago de unas incapacidades no reconocidas al accionante, es decir, se trata de un conflicto económico-jurídico de competencia de la jurisdicción ordinaria laboral, tal como se desprende de la lectura del artículo 2º del C.P.T., modificado por el artículo 2º de la Ley 712 de 2001: "*La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: 4. Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos, 5. La ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad...*".

²⁵ Sentencia T-235 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, en la cual se cita la Sentencia T-533 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

No obstante, el accionante no acudió al juez ordinario laboral para la resolución de su conflicto, sino que, consideró prioritario acudir a la acción de tutela, frente a lo cual se debe decir, que prescindir de la Jurisdicción Ordinaria en un caso como éste, comportaría la desnaturalización de la acción de tutela como un mecanismo subsidiario y lo convertiría en principal. En lo relativo a la idoneidad y a la eficacia del mecanismo ordinario, considera el Despacho que no pueden estar supeditadas a la voluntad del interesado de ejercer o no su derecho de acción, sino a la efectiva demostración de que el mecanismo ordinario ha sido agotado y pese a ello persiste la vulneración. En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha señalado, que un proceso ordinario laboral es idóneo para proteger los derechos fundamentales que eventualmente podrían estar en juego. Lo anterior, debido a que el objetivo de un proceso de esa naturaleza es solucionar los conflictos de orden laboral y de la seguridad social, contando con mecanismos de recaudo de pruebas que sin lugar a dudas permiten resolver los problemas en discusión y adoptar las medidas que eventualmente sean necesarias para la protección de los derechos afectados, máxime cuando el actor denuncia que su empleador le ha estado descontando de forma irregular de su nómina el periodo de aislamiento preventivo que le fue otorgado y que en un principio le fue cancelado por la EMPRESA ROMARCO S.A.

De este modo, ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, que en este caso corresponde a un proceso ordinario laboral eficaz e idóneo, la presente acción de tutela tan solo podría llegar a ser procedente como *mecanismo transitorio* de protección en el evento que se comprobara que el accionante se encuentra sometido a la posible materialización de un perjuicio irremediable. Sin embargo, en este caso no hay prueba alguna de la afectación inminente, urgente, grave e impostergable del derecho al mínimo vital del accionante, por cuanto, el señor JHON JAIRO PRADO APARICIO, manifestó a este Juzgado, que dicho periodo de aislamiento preventivo, si recibió una remuneración por parte de su empleador, y en la actualidad se encuentra trabajando sin ninguna clase de incapacidad o limitación, lo que de suyo no permite deducir una situación de apremio que faculte al juez constitucional a analizar el fondo de la controversia planteada, pues el escenario presentado respecto de los descuentos de su nómina, -reitérese- deberá ser definido como ya se dijo por el juez natural.

En ese entendido, no existen argumentos razonables para sostener que en este caso concreto no se pueda acudir al proceso ordinario laboral y esperar las resultados del mismo, por cuanto al analizar las condiciones de vulnerabilidad del accionante, no se encuentra en una situación de inminente riesgo que demande de su protección por la vía residual de la acción de tutela, ni tampoco carece de resiliencia, esto es, de capacidad para esperar la finalización de la vía judicial ordinaria por parte del juez laboral, quien es el llamado a definir si procede o no el reconocimiento de la incapacidad y lo relativo a los descuentos de su nómina por parte de la EMPRESA ROMARCO S.A.

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: PRIMERO: DECLARAR la carencia actual de objeto por *hecho superado* respecto del derecho fundamental de petición, dentro de la acción de tutela impetrada por JOHN JAIRO PRADO APARICIO, identificado con cédula de ciudadanía

número 94.327.845, contra la E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD "S.O.S.", por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE la pretensión de pago de incapacidades por aislamiento preventivo, dentro de la presente acción de tutela, de conformidad a lo advertido en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: 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.

CUARTO: 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
Civil 002
Juzgado Municipal
Valle Del Cauca - 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:

**4f5d6cb2c1b02a5f7a695f1a9cc40ec5d1cd6e068b62461becce448594c12
f1e**

Documento generado en 09/09/2021 01:13:23 PM

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