

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO CUARENTA Y NUEVE PENAL DEL CIRCUITO
LEY 600 DE BOGOTÁ**

Carrera 28 A Nro. 18 A 67 Piso 5 Bloque E.

Complejo Judicial de Paloquemao

Teléfono 3532666 Ext 71489

Correo institucional: pcto49bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., cuatro (04) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resolver la impugnación interpuesta por la agente oficiosa del accionante **MARCO SANTIAGO SUESCUN HERNANDEZ**, contra el fallo de tutela proferido el 11 de agosto de 2023, por el Juzgado 53 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá, en la que figura como accionada la **E.P.S. COMPENSAR** y como vinculados: la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-**, la **FUNDACIÓN SEMILLAS DE VIDA**, la **IPS APRENDER A VIVIR** y **EL FONDO DE PENSIONES PORVENIR**.

SITUACIÓN FÁCTICA

La señora **LEYLA SORAYA HERNÁNDEZ MORALES**, relató que su hijo **MARCO SANTIAGO SUESCÚN HERNÁNDEZ**, presenta un diagnóstico de trastornos mentales y del comportamiento debido al uso de múltiples drogas y otras sustancias psicoactivas, por lo que estuvo interno desde el 6 de junio de 2020 hasta el 31 de enero del año 2023, recibiendo programa de rehabilitación. El psiquiatra le generó incapacidades mes a mes desde el 6 de junio de 2020, las cuales fueron canceladas parcialmente por COMPENSAR EPS y PORVENIR, pues el periodo comprendido entre **el 6 de diciembre de 2020 hasta el 27 de noviembre de 2021**, no ha sido pagado, por cuanto la EPS alude que por ser posteriores al día 180, no es el competente para su reconocimiento y la AFP refiere que deben ser canceladas por EPS COMPENSAR en razón a que emitió concepto médico de rehabilitación de manera extemporánea -27 de septiembre de 2021-, asunto que vulnera sus derechos fundamentales,

pues el recurso económico que tiene su hijo es su trabajo y, es padre de un niño de 11 años a quien ayuda económicamente con los gastos de educación y crianza.

Esta actuación fue repartida por la Oficina Judicial mediante el aplicativo web, el 28 de agosto de 2023

PROVIDENCIA IMPUGNADA:

En sentencia proferida el 11 de agosto de 2023, el Juzgado 53 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, DECLARO IMPROCEDENTE la acción de tutela interpuesta por la señora LEYLA SORAYA HERNÁNDEZ MORALES como agente oficiosa de MARCO SANTIAGO SUESCÚN HERNÁNDEZ

Manifestó que el señor SUESCÚN HERNÁNDEZ estuvo internado en la IPS APRENDER A VIVIR desde el 06 de junio de 2020 hasta el 31 de enero de 2023, para lo cual, periódicamente, el especialista generó incapacidades mes a mes desde el 06 de junio de 2020 hasta el 23 de octubre del 2022.

La EPS COMPENSAR emitió un concepto médico en favor del señor SUESCÚN, el 27 de septiembre de 2021, para remisión al Fondo de Pensiones PORVENIR, quien no aceptó las incapacidades generadas desde el 06 de diciembre de 2020 hasta el 27 de noviembre de 2021, toda vez que según dicho Fondo, la EPS COMPENSAR generó el respectivo concepto médico de manera extemporánea, es decir, después del día 120 de incapacidad continua que es el plazo máximo de acuerdo a lo establecido por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012.

Ante la negativa de PORVENIR de radicar la totalidad de las incapacidades presentadas, el señor SUESCÚN HERNÁNDEZ presentó derecho de petición dirigido a la EPS COMPENSAR para que realizara el pago de las mismas, quien en su respuesta manifestó que: *“...el reporte se realizó en forma extemporánea al fondo de pensiones debido a: que no realizo la radicación de las incapacidades en orden cronológico o realizaron una radicación masiva de las incapacidades, se recuerda que para que los tiempos de reporte se cumplan, la empresa debe realizar la radicación de las incapacidades en orden cronológico en el momento que se otorguen, teniendo en cuenta lo anterior no es procedente autorizar las incapacidades...”*.

Según el certificado de la Fundación Semillas de Vida de fecha 27 de julio de 2023, el señor SUESCÚN HERNÁNDEZ se encuentra bajo tratamiento terapéutico en la modalidad de internado, desde el día 08 de mayo de 2023 y está con pleno uso de sus facultades física y mentales.

El único recurso que tiene el actor MARCO SANTIAGO SUESCÚN HERNÁNDEZ, es fruto de su trabajo o en su defecto de la prestación económica a que tiene derecho por su incapacidad

derivada de su enfermedad y que es padre de un niño de 11 años a quien económicamente ayuda en los gastos para su educación y crianza.

La EPS COMPENSAR se niega a reconocer y pagar las incapacidades con el argumento que es la administradora del fondo de pensiones PORVENIR S.A., la entidad que debe garantizarle ese derecho al afectado.

La acción de tutela puede convertirse de forma excepcional en el medio para reclamar el pago de incapacidades, precisamente cuando estas son la única fuente de ingresos del afectado. Sin embargo, lo anterior no puede conllevar a que se desconozcan de tajo los principios que sostienen el trámite constitucional, en especial el de la inmediatez, pero también la subsidiariedad y residualidad. La acción de tutela presentada no cumple con el requisito general de inmediatez, el cual precisamente busca que el mecanismo constitucional se ejerza dentro de un término razonable, pues su finalidad es servir como instrumento para reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por la actuación u omisión de una autoridad; y, en el caso concreto, no resulta razonable ni proporcionado el tiempo que transcurrió desde la fecha en que se generó la primera incapacidad que no fue reconocida ni pagada, es decir, 06 de diciembre de 2020, y la fecha de presentación de la acción de tutela, a saber, 28 de julio de 2023.

Así las cosas, transcurrió mucho más de un año desde el acto que originó la presunta afrenta a los derechos fundamentales, es decir, desde que era exigible el pago de las incapacidades y la fecha en que se presentó la acción constitucional, mal haría el despacho en justificar su intervención bajo la premisa de la urgencia, menos aun cuando no se advierte razón alguna que evidencie el amplio término transcurrido, ni mucho menos se denota algún perjuicio irremediable que haga imperiosa la intervención del juez constitucional. En el caso concreto, es evidente que el accionante no sólo no acudió a la vía ordinaria, sino que además acumuló las incapacidades por más de un año para solicitarlas por la vía excepcional de la acción de tutela, lo que demuestra que pretende esquivar la primera y que no tenía ni tiene en la actualidad urgencia alguna en el pago de las incapacidades, parece que le fue más cómodo la vía de tutela que acudir al trámite ordinario, escenario natural en el que se podrá discutir de fondo la problemática, máxime cuando está demostrado que goza de sus facultades físicas y mentales como lo certifica la institución en la que actualmente se encuentra internado y que ha presentado solicitudes en nombre propio sobre el caso de marras, como el derecho de petición que dirigió a la EPS COMPENSAR en enero del año en curso.

Lo que anhelaba con ahínco el accionante era demostrar que la tutela, emergía como mecanismo transitorio de protección de sus derechos fundamentales era menester imposterizable la acreditación del quebranto y del perjuicio irremediable, aunque fuera de manera sumaria, lo cual no ocurrió, más aún este postulado constitucional cobra mayor fuerza teniendo en cuenta que la obligación que se pretende hacer cumplir, tiene un carácter monetario. Vale la pena aclarar que la presentación del registro civil de nacimiento de su menor hijo, allegado al escrito de tutela, comprueba que, en efecto, el afectado tiene un hijo menor de edad, pero ello por si solo no acredita el quebranto o el perjuicio irremediable que debía

demostrarse para que la acción constitucional prosperara como mecanismo transitorio de protección sobre sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

Por lo anterior, el trámite constitucional no tiene vocación de prosperar pues su improcedencia resulta plausible conforme el análisis realizado, lo que no obsta para que el accionante acuda a la vía ordinaria para que se resuelva su problemática.

DE LA IMPUGNACIÓN

La agente oficiosa del accionante, en su escrito de impugnación aduce que el diagnóstico de trastornos mentales y del comportamiento debidos al uso de múltiples drogas y al uso de otras sustancias psicoactivas, altera la funcionalidad global y autocuidado del paciente, razón por la cual se debe tener en cuenta para efectos de la inmediatez de las tutelas.

Si bien el Juez de primera instancia determina que MARCO SANTIAGO SUESCÚN HERNÁNDEZ, dejó acumular las incapacidades, no hay que olvidar que estuvo internado durante ese tiempo y más, es así que COMPENSAR hasta el día 27 de septiembre de 2021, generó el respectivo concepto médico que hizo que PORVENIR se negara a pagar las incapacidades solicitadas con toda la razón, debido a la certificación extemporánea del concepto médico de COMPENSAR EPS. Así mismo, hay que tener en cuenta al menor a hijo del señor SUESCÚN HERNÁNDEZ a quien se le debe proveer educación y gastos para su crianza.

Por ello solicitó se revoque la sentencia dictada el 11 de agosto de 2023, y en su lugar conceda la protección a derecho fundamental de la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital

Se allegó una coadyuvancia del Veedor Nacional nombrado mediante Resolución PDCPL 21-057 de la Personería de Bogotá D.C., solicitando se acceda a la petición del accionante para que se ordene a EPS COMPENSAR el pago de las incapacidades generadas al señor MARCO SANTIAGO SUESCÚN HERNÁNDEZ entre el día 184 de su incapacidad, es decir, desde el 06 de diciembre de 2020 hasta el día 27 de septiembre de 2021. Con el fin de que se garantice y salvaguarde el derecho fundamental a la vida digna, al mínimo vital y a la seguridad social del señor MARCO SANTIAGO SUESCÚN HERNÁNDEZ

CONSIDERACIONES

➤ **PROBLEMA JURÍDICO:**

Establecer si en virtud de la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, este mecanismo resulta procedente para que se amparen los derechos fundamentales en favor del accionante y, como consecuencia de esto determinar si hay lugar o no, a que la **E.P.S.**

COMPENSAR reconozca y pague las incapacidades médicas que exceden los 180 días ante la omisión de presentar concepto de rehabilitación dentro del término de ley.

Como requisito de procedibilidad de la acción de tutela se exige que su interposición se haga dentro de un plazo razonable, contabilizado a partir del momento en el que se generó la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, de manera que el amparo responda a la exigencia constitucional de *ser un instrumento judicial de aplicación inmediata y urgente* (CP art. 86), con miras a asegurar la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza¹. Este requisito ha sido identificado por la jurisprudencia de la Corte como el principio de **inmediatez**².

Cuando la protección constitucional tiene por objeto el pago de incapacidades, de antaño se viene sosteniendo por la Corte Constitucional, que el cumplimiento de dicho requisito debe evaluarse en atención al lapso transcurrido entre la negativa de la entidad y la fecha de interposición del amparo³. En el caso concreto, bien lo señalo el juez de instancia, que la tutela fue presentada sin el cumplimiento de este requisito, pues las incapacidades que se reclaman corresponden al periodo comprendido entre el 6 de diciembre de 2020 y el 27 de septiembre de 2021 y la acción de tutela fue presentada el 28 de julio de 2023, esto es, en un plazo que superó el término razonable, como quiera pasaron casi dos años y medio, para efectuar una reclamación que se supone es urgente y eminente, es más a pesar de que se dice tal emolumento corresponde al mínimo vital del actor, tan solo hasta agosto de 2022, fueron radicadas para autorización de reconocimiento en la EPS, como se advierte en el cuadro anexo en la respuesta brindada por compensar.

En lo que respecta al requisito de **subsidiariedad**, reiterada ha sido también la jurisprudencia constitucional al referir que, por su propia naturaleza, la acción de tutela tiene un carácter residual o subsidiario, en virtud del cual *“procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección”*⁴.

Precisamente, en atención a su naturaleza eminentemente subsidiaria, se ha establecido que el amparo constitucional no está llamado a prosperar, cuando a través de él se pretenden sustituir

¹ Precisamente, el artículo 86 dispone que: *“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la **protección inmediata** de sus derechos constitucionales fundamentales (...)”*. Énfasis añadido.

² Sentencias T-1140 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-279 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-832 de 2012, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-719 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-138 de 2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³ Sentencias T-193 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo; y T-401 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴ Sentencia T-723 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Sobre la subsidiariedad de la acción de tutela también se pueden consultar las siguientes Sentencias: T-1062 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-063 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-230 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

los medios ordinarios de defensa judicial¹. Al respecto, el máximo Tribunal Constitucional ha señalado que: *“no es propio de la acción de tutela el de ser un medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta Política, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales”*².

Con sujeción a lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela es procedente en tres ocasiones específicas, a saber: (i) cuando no se disponga de otro medio de defensa judicial para exigir la protección de los derechos fundamentales que han sido amenazados o vulnerados; (ii) cuando a pesar de la existencia formal de un mecanismo alternativo, el mismo no es lo suficientemente idóneo o eficaz para otorgar un amparo integral; o (iii) cuando, a partir de las circunstancias particulares del caso, pese a su aptitud material, el mismo no resulta lo suficientemente expedito para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, evento en el cual procede el otorgamiento de un amparo transitorio, mientras el juez natural de la causa dirime la controversia³.

En lo atinente al reconocimiento y pago de prestaciones económicas derivadas de la relación laboral, como el auxilio por incapacidad, se ha señalado que, en principio, la acción de tutela resulta improcedente. Ello, en razón a que, según lo dispuesto en el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, los jueces laborales conocen de *“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”*. Además, atendiendo a lo previsto en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, corresponde a la Superintendencia de Salud conocer y fallar en derecho *“sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”*.

Con todo, excepcionalmente, se ha considerado que la acción de tutela se torna procedente cuando el no pago de las incapacidades *“desconoce no sólo un derecho de índole laboral, sino también, supone la vulneración de otros derechos fundamentales, habida cuenta de que en muchos casos, dicho ingreso constituye la única fuente de subsistencia para una persona y su núcleo familiar”*⁴. En estos casos, la Corte Constitucional ha estimado que el reconocimiento de la prestación referida incide en la garantía de los derechos al mínimo vital, a la salud y a la dignidad humana de los ciudadanos⁵.

¹ Sentencias T-203 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-483 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

² Sentencia C-543 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

³ Sentencias T-436 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-785 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa; T-799 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-130 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁴ Sentencias T -311 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-693 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; y T-167 de 2019, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁵ Sentencias T-403 de 2017; y T-161 de 2019, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

En el asunto *sub-examine*, el auxilio por incapacidad pretendido puede reclamarse mediante el trámite establecido en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, el cual resulta idóneo y eficaz por las siguientes razones: (i) es preferente y sumario; (ii) se desarrolla con arreglo a los principios de publicidad, economía, celeridad y eficacia; (iii) en su gestión prevalece la informalidad; y (iv) el Superintendente de Salud debe dictar fallo de primera instancia dentro de los 10 días siguientes a la presentación de la solicitud¹. Asimismo, es pertinente resaltar que si bien se ha destacado que, excepcionalmente, la acción de tutela puede desplazar este procedimiento cuando se encuentre en riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas², lo cierto es que, en esta oportunidad, no se acreditó la ocurrencia de ninguna de estas circunstancias.

De igual manera, el proceso laboral es idóneo para obtener el pago de la prestación reclamada, en tanto permite la resolución de controversias relacionadas con la seguridad social, suscitadas entre afiliados y entidades administradoras. Sobre el particular, interesa resaltar que no es del todo clara la ineficacia sistemática y generalizada de estos trámites, ya que, según la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico del Consejo Superior de la Judicatura, mensualmente, ingresan y egresan de los juzgados municipales de pequeñas causas y competencia múltiple³, respectivamente, 56 y 55 procesos⁴.

Significa esto que, a pesar de las dificultades y los problemas de tipo estructural de la administración de justicia en el país, los procesos ordinarios no pueden ser descalificados de plano, ni mucho menos sustituidos en su integridad por la acción de tutela, a partir de una supuesta ineficacia. Así las cosas, es dable concluir que la accionante cuenta con otro medio de defensa judicial para obtener el pago de las incapacidades objeto de reclamo; máxime que las incapacidades que reclame se le paguen son del 06 de diciembre de 2020 hasta el día 27 de septiembre de 2021, es decir de hace dos años, por manera que no se cumple con el principio de inmediatez.

Se debe indicar que no se configura un perjuicio irremediable que torne procedente la acción de tutela de manera transitoria, pues, a pesar de que la agente oficiosa refiere que su hijo tiene un diagnóstico de trastorno mental y de comportamiento, no se probó una potencial afectación a su mínimo vital u otro derecho fundamental, derivada de la falta de pago de las incapacidades,

¹ Sentencia T-246 de 2018, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

² Sentencia T-375 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

³ Según lo previsto en el inciso tercero del artículo 12 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, los jueces municipales de pequeñas causas y competencia múltiple serían competentes para conocer del presente asunto. En concreto, la norma en cita dispone que: “*Los jueces laborales de circuito conocen en única instancia de los negocios cuya cuantía exceda del equivalente a veinte (20) veces el salario mínimo legal mensual vigente, y en primera instancia de todos los demás. // Donde no haya juez laboral de circuito, conocerá de estos procesos el respectivo juez de circuito en lo civil. // **Los jueces municipales de pequeñas causas y competencia múltiple, donde existen conocen en única instancia de los negocios cuya cuantía no exceda del equivalente a veinte (20) veces el salario mínimo legal mensual vigente***” (énfasis añadido).

⁴ Información disponible en la página web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/estadisticas-judiciales/ano-2019>. Consultada el 3 de marzo de 2020.

pues ha podido sobrevivir dos años sin el pago de dichas incapacidades. En consecuencia, no se aprecia alguna circunstancia apremiante, urgente e impostergable que demande la intervención del juez constitucional.

Por lo anterior, sin más consideraciones, habrá de ser confirmada la sentencia dictada el 11 de agosto de 2023, en la que se declaró improcedente el amparo.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA Y NUEVE PENAL DEL CIRCUITO LEY 600 DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia dictada el 11 de agosto de 2023, por el Juzgado 53 Penal Municipal Con Función de Control de Garantías de esta ciudad, por medio de la cual se declaró improcedente la tutela interpuesta contra la **E.P.S. COMPENSAR**, en la que se vinculó a: la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-**, la **FUNDACIÓN SEMILLAS DE VIDA**, la **IPS APRENDER A VIVIR** y **EL FONDO DE PENSIONES PORVENIR**.

SEGUNDO: ORDENAR remitir esta decisión al **JUZGADO 53 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTIAS DE BOGOTÁ D.C.**, al correo j53pmbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

TERCERO: ORDENAR NOTIFICAR esta providencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 5° del Decreto 306 de 1992 y remitirla por email a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, vía correo electrónico

La notificación a las partes, se debe hacer a los siguientes emails:

AGENTE OFICIOSA:

LEYLA HERNANDEZ MORALES : electrónico leylasorhm@gmail.com

ACCIONADA:

EPS COMPENSAR: compensarepsjuridica@compensarsalud.com

VINCULADOS:

AFP PORVENIR: notificacionesjudiciales@porvenir.com.co

ADRES: notificaciones.judiciales@adres.gov.co

SEMILLAS DE VIDA: fsemillasdevida@gmail.com

APRENDER A VIVIR: direccionclaritza@fundacionaprenderavivir.com

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



JUAN PABLO LOZANO ROJAS
JUEZ

JUZGADO 49 PENAL DEL CIRCUITO LEY 600