



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTITRÉS (23) PENAL MUNICIPAL
CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ D.C.

Juez: Luz Ángela Corredor Collazos
Radicación: 110014009023202300115
Accionante: Luz Yamile Hernández Vargas
Accionado: Famisanar EPS
Motivo: Acción de tutela 1° instancia
Decisión: Improcedente

Bogotá D. C., veinticinco (25) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

1. ASUNTO

El Juzgado Veintitrés (23) Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., decide sobre la acción de tutela instaurada por LUZ YAMILE HERNÁNDEZ VARGAS, a través de apoderado judicial, en protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social en conexidad con el derecho a la vida digna, mínimo vital y móvil, integridad física e igualdad, cuya vulneración le atribuye a FAMISANAR EPS.

2. HECHOS

Indica que es empleadora de la señora Yennifer Díaz Ronderos, a quien le otorgaron tres incapacidades comprendidas en los periodos: i) del 13 de noviembre por 01 día; ii) del 14 de noviembre de 2022 por 08 días; iii) del 22 de noviembre de 2022 por 30 días, las cuales no han sido canceladas por la EPS accionada, por lo que, radico queja ante la Superintendencia de Salud.

Agrega que, la entidad de salud demanda en respuesta el 12 mayo de 2023, informo que negaba el pago de las incapacidades por cuanto el aporte se hizo fuera de la fecha establecida, sin que la accionante recibiera requerimiento alguno sobre el cobro de dicho concepto por parte de la EPS, razón por la cual afirma que debe aplicarse la teoría de *allanamiento de la mora* para el pago de las incapacidades.

Por lo anterior, solicita se amparen los derechos fundamentales deprecados, y se ordene a FAMISANAR EPS cancelar el concepto de las incapacidades otorgadas a la señora Yennifer Díaz Ronderos.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. El 16 de mayo de 2023, el Despacho avocó el conocimiento de la acción de tutela y ordenó correr traslado de la misma a la demandada FAMISANAR EPS, y vinculadas, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y a YENNIFER DIAZ RONDEROS, para que, en el término improrrogable de un (1) día contado a partir del recibo de la respectiva notificación, se pronunciara y allegara los documentos que considerara pertinentes.

Adicionalmente se decretó como prueba de oficio requerir a Luz Yamile Hernández Vargas, a través de su apoderado judicial, para que informará si cancelo las incapacidades otorgadas en los periodos señalados anteriormente a la señora Yennifer Díaz Ronderos, y allegara los datos de notificación (correo electrónico, dirección física y numero celular) de Yennifer Díaz Ronderos; frente a lo cual remitió respuesta indicando el número de celular y dirección de domicilio de la Sra. Díaz Ronderos y, en cuento a la primera solicitud contesto:

De parte de LUZ YAMILE HERNANDEZ VARGAS se cancelaron a la señora YENNIFER DIAZ RONDEROS las incapacidades que son objeto de tutela en la presente radicación.

3.2. El 18 de mayo de 2023, el Director de Operaciones Comerciales de FAMISANAR EPS, en respuesta, señaló que se encuentran realizando todas las gestiones administrativas pertinentes para materializar los servicios requeridos por la accionante y ordenados por el médico tratante, por lo que, no han negado la prestación de los servicios solicitados por la afiliada, por el contrario, se encuentran validado y gestionando la autorización.

Por último, solicita valorar la conducta desplegada por su representada, la cual ha sido legítima y tendiente a asegurar dentro de las obligaciones legales de la misma, teniendo en cuenta que no hay vulneración a ningún derecho fundamental de la accionante.

3.3. La Subdirectora Técnica de la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, indico que las incapacidades de origen común estarán a cargo del empleador entre el día 1 y 2, transcurrido este término, entre el día 3 al 180 será responsable de sufragarlas la EPS, y desde el día 181 al 540 deberán ser canceladas por el Fondo de Pensiones.

Por último, solicita se desvincule su representada por falta de legitimación en la causa por pasiva, al no vulnerar derecho fundamental alguno, y no incurrir en ninguna responsabilidad objeto de reproche en el trámite tutelar.

3.4. El Representante del MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, solicito desvincular la entidad ante la falta de legitimación en la causa por pasiva y ausencia de responsabilidad, al no ejercer una acción u omisión atribuible a la misma contra la accionante.

Aunque manifestó que, respecto a las incapacidades de origen común, le corresponde pagar en los primeros días al empleador, desde el tercer día hasta el 180 de incapacidad, es obligación de la EPS, y a partir del día 180 hasta el 540, sin importar el concepto de rehabilitación, le corresponde al Fondo de Pensiones.

4. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia

De conformidad con las previsiones del artículo 86 de la Carta Política, en concordancia con los artículos 1º, 37 y 42 del Decreto 2591 de 1991, y el Decreto 306 de 1992, así como con el numeral 1º del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1938 de 2017, la suscrita juzgadora es competente para resolver la presente acción de tutela.

4.2. Naturaleza de la acción de tutela

El ámbito conceptual que enmarca el campo de aplicación de la acción de tutela, está dado tanto en la consagración que de ella hace nuestra Constitución Política en el artículo 86, como su desarrollo normativo en los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992 que lo reglamentan. En efecto, de esa normatividad surge esa figura jurídica, que puede definirse como una institución especial cuya finalidad es proteger los derechos y libertades fundamentales de la persona, mediante un procedimiento judicial preferente y sumario, cuando aquellos resultan vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares.

4.3. Problema jurídico a resolver

El Despacho debe establecer si FAMISANAR EPS, vulnera o amenaza con vulnerar los derechos fundamentales a la seguridad social en conexidad con el derecho a la vida digna, mínimo vital y móvil, integridad física e igualdad de la señora LUZ YAMILE HERNÁNDEZ VARGAS, al no cancelar el concepto de las incapacidades otorgadas a la señora Yennifer Díaz Ronderos.

DEL CASO EN CONCRETO

Sea lo primero señalar que conforme lo establece el artículo 86¹ de la Carta Política, la acción de tutela es un mecanismo constitucional de carácter residual, preferente y sumario, cuyo objeto es la protección judicial inmediata de los derechos fundamentales de la persona que lo solicita directa o indirectamente, con ocasión de la vulneración o amenaza que sobre estos se ha causado por autoridades públicas o excepcionalmente por particulares; siendo un recurso que se encuentra supeditado a los requisitos de legitimidad por activa y pasiva, de inmediatez y subsidiariedad.

Para el caso en conocimiento del Despacho, se acreditó la legitimación tanto por pasiva como por activa. En el entendido que, es la señora LUZ YAMILE HERNÁNDEZ VARGAS, quien acude al amparo constitucional en protección de su derecho fundamental, es decir se cumple con los presupuestos del art. 10 del Decreto 2591 de 1991; al igual que FAMISANAR EPS, para ser objeto pasivo de la tutela, por cuanto se trata de una entidad incluida en el numeral 1° del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1983 de 2017.

Al respecto, no se vislumbra satisfecho el *requisito de inmediatez* dado que, entre la actuación presuntamente vulneradora de los derechos de la señora HERNÁNDEZ VARGAS, esto es la respuesta de la entidad accionada de no reconocer el pago de las incapacidades fechada el 12 de mayo de 2023, transcurrieron 04 días al interponer la acción de tutela el 16 de mayo de los corrientes.

Frente al requisito de subsidiariedad, recuérdese el carácter de residual de la acción de tutela, siendo procedente como mecanismo principal de protección de derechos cuando *i) el afectado no dispone de otro recurso judicial dentro del ordenamiento jurídico; o (ii) pese a disponer del mismo, éste no resulte idóneo o particularmente eficaz para la defensa de los derechos amenazados o vulnerados*. Aunado a ello, se tiene que la tutela opera como medio transitorio cuando, aunque existan mecanismos ordinarios vigentes, sea necesario evitar la consumación de un perjuicio irremediable, el cual se configura ante la prueba siquiera sumaria de su inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad.

Es decir, el criterio según el cual la acción de amparo procede cuando el recurrente no cuente, dentro del ordenamiento legal, con un mecanismo judicial al que pueda acudir en procura de obtener solución a la problemática que padece o, existiendo éste, por las contingencias propias que afronta, no resulta idóneo.

En ese tenor, en relación con los derechos fundamentales deprecados, la acción de tutela se torna improcedente para que se ordene a la entidad promotora de salud demandada, cancelar el concepto de las incapacidades otorgadas a la señora Yennifer Díaz Ronderos debido a que el ordenamiento jurídico consagra una vía ordinaria para reconocer y pagar acreencias laborales esto es, a través de las acciones dispuestas en la Jurisdicción Ordinaria, especialidad laboral, al tratarse de trabajadores vinculados laboralmente bajo el régimen privado.

Siendo imperioso reiterar que la acción de tutela no sustituye los mecanismos legales dispuestos por el legislador, al dejarse de lado que la accionante en calidad de empleadora de Yennifer Díaz Ronderos cuenta con otros medios de defensa ante la Jurisdicción Ordinaria, especialidad laboral, la cual resulta idónea y eficaz para la protección de los derechos que considere vulnerados, espacio procesal en donde puede ejercer sus derechos a la defensa y contradicción para acceder a su pretensión económica sobre la limitación alegada a su derecho, e interponer los recursos ordinarios en contra de las decisiones que eventualmente

¹ **ARTICULO 86.** Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

2 No. 1° del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1983 de 2017



se adopten.

Frente al reconocimiento y pago de acreencias laborales, la H. Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto, señalando que:

*“En lo que respecta al reconocimiento de acreencias laborales por medio de la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional ha señalado que por regla general dicha pretensión no es susceptible de ampararse por esta vía, por cuanto en el ordenamiento jurídico la jurisdicción ordinaria laboral, o la jurisdicción de contenciosa administrativa tienen mecanismos idóneos y eficaces de defensa judicial según el caso. Sin embargo, de manera **excepcional**, se ha contemplado la procedencia del amparo para obtener el pago de dicho tipo de acreencias cuando se afecta el derecho fundamental al mínimo vital del accionante”³ (Subrayado fuera del texto original).*

Advertido lo anterior, el mecanismo preferente y sumario procedería como mecanismo transitorio cuando se acuda para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, como lo ha expuesto la Corte Constitucional:

“(…) De acuerdo con la doctrina constitucional pertinente, un perjuicio irremediable se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen. Sobre las características jurídicas del perjuicio irremediable la Corte dice en su jurisprudencia lo siguiente:

En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos facticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas estas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”⁴

Bajo esas consideraciones, no se advierte la eventual configuración de un perjuicio irremediable, máxime cuando no se desprende de las pruebas arribadas al trámite constitucional que exista una afectación al derecho fundamental al mínimo vital, puesto que a la fecha le cancelaron los conceptos de incapacidad a la señora Yennifer Díaz Ronderos, según lo afirma la propia demandante, a través de su apoderado, careciendo de sustento la eventual amenaza o vulneración del mínimo vital de la afiliada, denotando la inexistencia de urgencia, gravedad, inminencia y impostergabilidad que implica la configuración de dicho perjuicio.

De contera, se declarará improcedente el amparo constitucional de los derechos fundamentales invocados, por carencia del requisito de procedibilidad de subsidiariedad, conforme a las razones expuestas en precedencia.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO 23 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela interpuesta por la señora **LUZ YAMILE HERNÁNDEZ VARGAS**, a través de apoderado judicial, por los motivos expuestos en las consideraciones de la presente decisión.

³ Sentencia T-043 de 2018 de la Corte Constitucional.

⁴ Sentencia T-606 de 2015 de la Corte Constitucional



SEGUNDO. COMUNÍQUESE a los interesados que contra la presente decisión procede la **IMPUGNACIÓN** ante el inmediato superior dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la misma, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato, conforme lo preceptúa el inciso primero (1º) del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO. En firme la presente decisión, se **REMITIRÁ** el cuaderno original de Tutela a la Corte Constitucional, para su **EVENTUAL REVISIÓN**.

QUINTO. NOTIFÍQUESE el contenido del fallo a las partes de conformidad con lo dispuesto en los artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y Cúmplase.


LUZ ANGELA CORREDOR COLLAZOS
JUEZ