

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE
CONTROL DE GARANTÍAS

Bogotá D.C., Dieciséis (16) de septiembre del dos mil veinte (2020)

ACCIÓN DE TUTELA

Radicación: 2020-076
Accionante: Martha Wilches Rodríguez
Accionado: Famisanar EPS
Decisión: Niega Tutela

ASUNTO

Resolver la acción de tutela instaurada por **MARTHA WILCHES RODRIGUEZ**, quien actúa en nombre propio, en contra de Famisanar EPS, por considerar vulnerado sus derechos Fundamentales de salud, conexidad con la vida y mínimo vital, consagrados en la Constitución Nacional.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

La actora interpone tutela, indicando los siguientes hechos:

1. Que el 12 de agosto de 2020, fue notificada por la empresa de la necesidad de aislarse preventivamente por haber tenido contacto con una compañera que resultó positiva para Coronavirus y atendiendo la política de bienestar de su empresa; el 13 de agosto, diligenció un formulario de sospecha de corona vircontagio-CORONAVIRUS, con la información que solicitan, indicando que convive con su progenitora, que es hipertensa y a pesar que le informaron que la llamarían ese día nunca sucedió. El 14 de agosto, se comunicó telefónicamente con Famisanar EPS, les informó acerca de su estado de salud y que convivía con su señora madre, le informaron que entre 24 y 72 horas le enviarían un móvil a su residencia para la toma de muestras, lo cual no sucedió, ni se comunicaron por teléfono, ni mensajes de texto o WhatsApp.
2. Agrega que el 18 de agosto, como ninguno se presentó en su residencia, ni se comunicaron con ella, se dirigió a la IPS

Cafam, donde le informaron que no le generaban incapacidad, ni se ordenaba ningún tipo de muestra o examen porque prácticamente había pasado ya el tiempo. Como la EPS, ni la IPS, no le gestionaron la muestra, solicitó apoyo a la empresa donde labora, para tomar la muestra de forma particular, en el laboratorio Lorena Vejarano SAS, practicado el 20 de agosto y el 21 de agosto le dieron el resultado, el cual salió positivo; tanto el laboratorio como la empresa le indicaron que debía aislarse durante 14 días contados a partir de la toma de la muestra, y debía comunicarse con su EPS, para gestionar las recomendaciones y la incapacidad. El 22 de agosto, se comunica con la EPS, les informa sobre el resultado de la muestra, y le agendan cita para el 25 de agosto, pero ese día la llama una empleada de la IPS Cafam, diciéndole que el médico se encuentra incapacitado y le reprograma la consulta nuevamente para el 31 de agosto de 2020; el 29 de agosto, le realizan otra llamada diciéndome que el médico continúa incapacitado y tenían que reprogramarle la cita; por lo que la accionante se enoja, les solicita que debe ser valorada por un médico, que le expidan su incapacidad, porque depende de su trabajo y puede exponer a sus compañeros de contagiarlos; por lo que le dicen que van a buscar quien la puede atender ese día.

3. Indica que el 31 de agosto, le llaman a través de teleconsulta, de manera rápida la atienden y le informan que no le pueden expedir orden de incapacidad, que la EPS era la que debía de haberle expedido la incapacidad desde el momento que le ordenó el examen; adicional a lo anterior, le dicen que puede reintegrarse al trabajo, a pesar de decirles que no han pasado los 14 días, le dan una remisión y es lo único que le pueden expedir de acuerdo a los decretos expedidos por el Gobierno. Que desde el 13 de agosto, le ha informado a la EPS accionada, siguiendo las directrices para solicitar atención médica y la toma de la muestra, sin embargo, nunca le prestaron atención, perjudicándola en ese momento su mínimo vital; los catorce días los finaliza el 02 de septiembre de 2020 y se debe reincorporar al trabajo el 03 de septiembre de 2020; que se desempeña como cajera en un almacén de electrodomésticos, labor que no se puede realizar desde su residencia o de manera virtual; hace parte de la población que si no trabaja no tiene con qué comer y su situación económica en este momento no es la mejor.

PRETENSIONES

Solicita se ampare los derechos fundamentales invocados en esta acción y en consecuencia de ello, se ordene a la entidad accionada, le genere y reconozca las incapacidades a que haya lugar desde el 13 de agosto del 2020, fecha en la cual empezó gestionar la solicitud de la toma de muestra del Covid-19, hasta el 03 de septiembre de 2020, fecha en que finalizó la cuarentena y solicita también, le generen la compensación económica temporal, creada en el Artículo 14 del Decreto Legislativo 538 de 2020, que corresponde a los siete días de salario mínimo legal diario vigente, teniendo en cuenta el cumplimiento estricto de la medida de aislamiento, de acuerdo a lo establecido en el artículo 8 del Decreto 1109 del 11 de agosto de 2020.

RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

Famisanar EPS

El director de operaciones comerciales de la entidad en mención, informo al Juzgado que no se encuentran incapacidades durante el año 2020, a nombre de la accionante pendiente de ser canceladas; que no es procedente la solicitud de la accionante en lo que respecta a la aplicación del Decreto 1109 de 2020 con vigencia a partir del 10 de agosto de 2020, el cual establece:

“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.

2 Los afiliados al Régimen Subsidiado de Salud que sean diagnosticados con Covid - 19, contarán con el pago de la Compensación Económica Temporal, creada por el artículo 14 del Decreto Legislativo 538 de 2020, que corresponde a siete {7} días de Salario Mínimo Legal Diario Vigente - SMLDV por una sola vez y por núcleo familiar, siempre y cuando se haya cumplido la medida de aislamiento”

Que de acuerdo con el Decreto 1109 de 2020 del 10 de agosto de 2020, el reconocimiento y pago de cualquier auxilio económico a los afiliados del régimen contributivo, se requiere obligatoriamente de la existencia de incapacidad emitida por el profesional de la salud que valoró a la paciente y determinó su viabilidad, lo anterior exclusivamente ligado a la autonomía médica del profesional. En cuanto al pago del subsidio, el mismo es exclusivamente para los afiliados del régimen subsidiado, calidad que no tiene la señora **MARTHA WILCHES RODRIGUEZ,**

cotizante dependiente, que presenta vínculo laboral con el empleador Inversiones Innovar de Colombia S.A NTI 830095579. Adiciona que la accionante busca por medio de una providencia judicial, se ordene de manera coercitiva prescribir incapacidades que hasta el momento los especialistas no han generado, vulnerando la autonomía del médico, pues ningún actor del Sistema de Salud, incluida la EPS, puede exigir o no a un galeno expedir las incapacidades.

Agrega que la expedición de las incapacidades es un acto médico, sobre quienes recae la responsabilidad de expedir el certificado de incapacidad, toda vez que éste, es un documento que emite el médico tratante del afiliado, en el que debe constar como mínimo: la inhabilidad, el riesgo que la origina y el tiempo de duración de la incapacidad temporal del afiliado, como resultado de la debida valoración médico científica de cara a la atención directa que este le preste al usuario, así como lo ha expuesto la H. Corte Constitucional en la Sentencia T-723/14, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa, en los siguientes términos:

“(...) El reconocimiento y pago de prestaciones laborales, tales como las incapacidades, constituye uno de aquellos emolumentos económicos y sociales destinados a sustituir el salario durante el periodo en que conforme lo indiquen los médicos tratantes la persona debe permanecer inactiva por razones de salud debidamente certificadas. Su ocurrencia puede tener origen en una enfermedad general o profesional que sufra el trabajador, o en el acaecimiento de un accidente laboral. (Negrilla fuera de texto) (...)” (negrillas y subraya fuera de texto).

Indica que teniendo en cuenta la desproporcionalidad en el tiempo en que la accionante interpone la acción de tutela, pretende se prescriba una incapacidad por parte del médico tratante, galeno que en su oportunidad no estimó hacerlo. Trae a colación conceptos del Ministerio de Salud, quien se ha pronunciado al respecto conforme a la resolución 2266 de 1998, en donde el certificado de incapacidad solamente puede ser expedido por el médico especialista tratante de manera retroactiva hasta solo 30 días calendario y ambulatoriamente hasta tres (3) días calendario, en los siguientes términos: (...) *“Ahora bien, en cuanto a la expedición de incapacidades retroactivas de origen común, la Subdirección de Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud, con el memorado de registro 20164200138253 ha indicado, que no se puede expedir certificado de incapacidad con vigencia retroactiva en el caso de pacientes de atención ambulatoria, exceptuándose de esta prohibición aquellos casos en los cuales se determina que el episodio de ausentismo laboral tuvo origen en trastornos de la memoria, confusión mental, desorientación en tiempo y espacio y otras alteraciones de la esfera psíquica, como consecuencia de patología psiquiátrica, causas orgánicas o intoxicación con psicotrópicos y/o alcohol y accidentes de trabajo que generen politraumatismos severo. En estos eventos el certificado lo puede expedir únicamente el médico especialista tratante y su retroactividad no debe ser superior a treinta (30) días calendario, contados a partir de la fecha de expedición. Así mismo, se exceptúan aquellos casos de atención ambulatoria plenamente justificados, siempre y cuando la retroactividad no sea superior a tres (3) días calendario, dejando el médico tratante expresa constancia del hecho en la historia clínica. (...)”.*

Finaliza indicando que ante la evidencia de ausencia de vulneración o amenaza de Derecho Fundamental alguno por parte de EPS Famisanar, al no existir acción alguna de cara a la atención médica con la accionante que haya originado alguna responsabilidad imputable a esta entidad, están frente a una falta de legitimación en la causa por el extremo pasivo.

Caja de Compensación Familiar – Cafam

El abogado de la Sección de Litigios y Consultas de la Subdirección Jurídica de la entidad en mención, informó al despacho que tanto las Entidades Promotoras de Salud E.P.S., las Instituciones Prestadoras de Servicios I.P.S., las Aseguradoras de Riesgos Laborales (ARL) y Fondo de Pensiones y Cesantías son entes jurídicamente independientes y con funciones específicamente contempladas en la Ley. Se realiza revisión de la historia clínica y se observa valoración el día 18 de agosto realizada por médico general donde acude para reformulación de medicamentos y niega contacto con persona sospechosa de COVID 19; en valoración de teleconsulta el 31 de agosto de 2020: *“Refiere positivo para covid muestra tomada el día 20 de agosto, la tomo de manera particular..., la muestra fue por PCR. Refiere en la línea de Famisanar le dieron la orden de aislamiento por 10 días. Niega síntomas asociados. Desea saber si ya puede reintegrarse. PACIENTE POSITIVA PARA COVID, SIEMPRE ASINTOMATICA. YA TERMINO AISLAMIENTO POR 10 DIAS, SIGUE ASINTOMATICA. SE DEJA ORDEN DE ALTA PARA LA PACIENTE”*. Por lo anterior, la paciente es asintomática de acuerdo a lo descrito en historia clínica; las incapacidades médicas son criterio del profesional y de acuerdo a lo descrito no requería por estar asintomática.

Agrega que el reconocimiento de las incapacidades y el pago de la compensación económica temporal que solicita la accionante, es un servicio por evento a cargo del asegurador, siendo la EPS Famisanar, la encargada del direccionamiento para ese fin; que los hechos que motivaron la tutela son ajenos a la IPS Cafam; solicitando que no existir vulneración alguna a los derechos fundamentales de la accionante, por parte de la entidad que representa, solicitan ser excluidos del trámite de la acción constitucional y declarar la improcedencia de la acción de tutela y la desvinculación.

Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - Adres

El abogado de la entidad en mención, manifestó al Despacho, que el ente al que representa es una entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, del Fondo de Salvamento y Garantías para el sector salud- FONSAET, los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del régimen contributivo, los recursos que se recaen como consecuencia de las

gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), siendo que en ningún caso será responsable directo de la prestación del servicio de salud.

Agregó que los derechos presuntamente vulnerados en la presente tutela, es de responsabilidad del Estado garantizar el derecho a la salud y para ello tiene el deber indelegable en la definición de políticas y reglamentación de todo lo atinente a la prestación del servicio de salud y de las condiciones en que esta tenga lugar. Que la jurisprudencia constitucional en torno al derecho a la vida ha hecho énfasis en que éste no hace relación exclusivamente a la vida biológica, sino que abarca también las condiciones mínimas de una vida en dignidad.

En cuanto a lo que respecta a esta tutela, esa entidad no presta los servicios de salud, por lo que la vulneración de un derecho fundamental se produciría una omisión no atribuible a esa entidad y que esa función recae directamente sobre las EPS, porque tienen la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud de sus afiliados, ni retrasarla que ponga en riesgo la vida o salud de los mismos.

Que en cuanto a la incapacidad por Covid 19, de conformidad con el Decreto 1109 de 2020, los afiliados al régimen contributivo tendrán derecho al reconocimiento de una incapacidad sea de origen común o laboral, según el caso: *“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 Página 17 de 18 Avenida El Dorado Calle 26 No. 69-76 Torre 1 Piso 17 y Torre 3 Oficina 901 Centro Empresarial Elemento – Bogotá D.C – Código Postal 111071 Línea gratuita Nacional: 018000423737 - Teléfono :(57-1) 4322760 www.adres.gov.co 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 (...).”* Que dentro de las pretensiones de la accionante, solicita se le reconozca el pago de la compensación económica temporal, contemplada en el artículo 14 del Decreto 538 de 2020, sin embargo, pone de presente que los beneficiarios son los afiliados al régimen subsidiado y la accionante se encuentra afiliada al régimen contributivo. Por lo cual, le corresponde al despacho determinar si le corresponde o no la generación y reconocimiento del pago a la accionante de su incapacidad por tener diagnóstico de Covid – 19, siendo que se reintegró a sus labores el 03 de septiembre de 2020, y ni la EPS ni su ARL la autorizaron.

Para finalizar, solicita al despacho negar el amparo invocado por el accionante por no haber desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales de la misma, en consecuencia, desvincular a esa entidad del trámite de la presente acción constitucional.

Superintendencia Nacional de Salud

La asesora del despacho de la entidad en mención, manifiesta al despacho que teniendo en cuenta los hechos de la acción constitucional, solicita su desvinculación de toda responsabilidad que impone la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva; que el posible incumplimiento en las funciones, deberes y obligaciones está en cabeza de las Entidades Responsables de Pagos (ERP), como el presente caso. Tanto en la Ley 1122 de 2007, como en la Ley 1775 de 2015 se disponen las obligaciones y funciones de las EPS dentro del marco de aseguramiento de sus usuarios afiliados, determinando que serán estas entidades las que estén a cargo de brindar los servicios, garantizando una atención integral para la promoción, prevención, paliación y atención de las enfermedades y sus secuelas. Así como la articulación con los prestadores, garantizando el acceso efectivo, la calidad e idoneidad en la prestación de los servicios de salud. La Corte Constitucional también ha destacado que el derecho a la salud se compone de unos elementos esenciales que delimitan su contenido dinámico, que fijan límites para su regulación y que le otorgan su razón de ser. Estos elementos se encuentran previstos en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, en los que se vincula su goce pleno y efectivo con el deber del Estado de garantizar su disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad e idoneidad profesional.

Agrega que las incapacidades laborales están definidas como aquellas situaciones o eventos en los que un trabajador no puede desarrollar sus labores o funciones de manera normal. Estas pueden ser temporales o permanentes. Su reconocimiento y pago estará a cargo de la Aseguradora dependiendo de la calificación del origen de la patología. Es decir, estará a cargo de las Entidades Promotoras de Salud las incapacidades que se deban a enfermedad general y de las Administradoras de Riesgos Laborales las que se deban a un accidente o enfermedad de trabajo.

Finaliza solicitando la falta de legitimación en la causa por pasiva, porque no le asiste responsabilidad u obligación alguna con la parte accionante. La Superintendencia Nacional de Salud, dentro del marco de sus funciones y en cumplimiento de su objeto velará y propenderá por la protección de los derechos de los usuarios del Sistema Nacional de Salud y porque los servicios de salud se presten de manera adecuada y oportuna.

PRUEBAS

Al escrito de tutela, la accionante aporta copia de los siguientes documentos:

1. Remisión, de fecha 31 de agosto de 2020, a nombre de la accionante, expedido por la IPS Cafam.

2. Examen de laboratorio de Covic 19, de fecha de impresión 21 de agosto de 2020, a nombre de la accionante, suscrita por el Laboratorio Lorena Vejarano.

Las entidades EPS Famisanar y la IPS Cafam no aportaron documento alguno que respaldara su respuesta; Adres y la Superintendencia Nacional de Salud, allego poder y resolución para actuar en la presente acción constitucional.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Competencia

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 y Decreto 1983 de 2017 que estipula reglas para efectuar el reparto, es competente este Despacho para resolver la solicitud de la tutela.

Frente al factor territorial se tiene que el domicilio del accionante y la entidad accionada es Bogotá y en esta misma ciudad tienen ocurrencia los hechos fundamento de la solicitud de amparo.

Del *sub examine*

El artículo 86 de la Carta Política señala que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o incluso frente a actuaciones de particulares. También establece dicha norma que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

1. Contenido y alcance del derecho a la salud.

El derecho a la salud está consagrado en el artículo 49 Superior, y ha sido interpretado como una prerrogativa que protege múltiples ámbitos, tales como la vida, la dignidad humana y la seguridad social, entre otros.

En numerosas oportunidades¹ y ante la complejidad que plantean los requerimientos de atención en los servicios de salud, la jurisprudencia constitucional se ha referido a sus dos facetas: por un lado, su reconocimiento como derecho y, por el otro, **su carácter de servicio público**. En cuanto a esta

¹ Ver, entre otras, las Sentencias T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-126 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-593 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-094 de 2016 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

última faceta, el servicio de salud debe ser prestado de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad.

Respecto de la primera faceta, el derecho a la salud debe atender los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, resulta oportuno mencionar que este derecho ha sido objeto de un proceso de evolución a nivel jurisprudencial² y legislativo³, cuyo estado actual implica su categorización como derecho fundamental autónomo. Para tal efecto, desde el punto de vista dogmático, a partir de la **Sentencia T-760 de 2008**⁴ se considera que dicha característica se explica por su estrecha relación con el principio de la dignidad humana, por su vínculo con las condiciones materiales de existencia y por su condición de garante de la integridad física y moral de las personas.

En aras de garantizar la eficacia del derecho a la salud, fue expedida la Ley Estatutaria 1751 de 2015, la cual reguló esta garantía fundamental en sus dos facetas: como derecho y como servicio público. Así, de un lado, se consagró como un derecho fundamental autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo, y de otro, como servicio público esencial obligatorio que debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud, cuya ejecución se realiza bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado⁵.

Adicionalmente, el Legislador estatutario estableció una lista de obligaciones para el Estado en la Ley 1751 de 2015⁶, cuya lectura no puede realizarse de forma restrictiva, pues responde al mandato amplio del deber del Estado de adoptar medidas de respeto, protección y garantía del derecho a la salud. Estos deberes incluyen dimensiones positivas y negativas.

Respecto de la dimensión positiva, el Estado tiene el deber de: (i) sancionar a quienes dilaten la prestación del servicio; así como (ii) generar políticas públicas que propugnen por garantizar su efectivo acceso a toda la población; (iii) adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud, y servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; (iv) vigilar que la prestación del servicio de salud a cargo de particulares no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención; (v) controlar la comercialización de equipos médicos y medicamentos; (vi) asegurarse que los profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación y experiencia; y (vii) adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad, en

² Ver, entre otras, Sentencias T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C-313 de 2014 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³ Ver Ley 1751 de 2015 "*por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones*".

⁴ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵ Artículo 2º de la Ley 1751 de 2015.

⁶ Artículo 5º de la Ley 1751 de 2015.

particular las mujeres, las niñas, los niños, los adolescentes y las personas mayores⁷.

Por otro lado, en relación con la dimensión negativa, se resalta que la Ley 1751 de 2015 impone a los actores del sistema los deberes de: (i) no agravar la situación de salud de las personas afectadas; (ii) abstenerse de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; (iii) abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de los ciudadanos; (iv) prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales; (iv) no comercializar medicamentos peligrosos y aplicar tratamientos médicos coercitivos⁸.

La jurisprudencia constitucional⁹ reconoce que estos deberes negativos implican que el Estado o las personas, pueden violar el derecho a la salud, bien sea por omisión, al dejar de prestar un servicio de salud, o bien por acción, cuando realizan una conducta cuyo resultado es deteriorar la salud de una persona. En lo que respecta a las dimensiones negativas del derecho a la salud, de las cuales se deriva la obligación general de abstención, no hay razón alguna para que su cumplimiento sea pospuesto hasta que el Estado, la entidad o la persona cuenten con los recursos suficientes y la capacidad administrativa adecuada.

En cuanto a los elementos del derecho fundamental a la salud, la Corte ha destacado que se trata de los principios de disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y la calidad e idoneidad profesional. En particular, la Corte ha dicho lo siguiente sobre cada uno de ellos:

- (i) Disponibilidad: implica que el Estado tiene el deber de garantizar la existencia de medicamentos esenciales, agua potable, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías, instituciones de salud y personal profesional competente para cubrir las necesidades en salud de la población¹⁰;
- (ii) Aceptabilidad: hace referencia a que el sistema de salud debe ser respetuoso de la diversidad de los ciudadanos, prestando el servicio adecuado a las personas en virtud de su etnia, comunidad, situación sociocultural, así como su género y ciclo de vida¹¹;
- (iii) Accesibilidad: corresponde a un concepto mucho más amplio que incluye el acceso sin discriminación por ningún motivo y la facilidad para obtener

⁷ Sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸ Sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹ Ver, entre otras, Sentencias T-737 de 2013 M.P. Alberto Rojas Ríos, C-313 de 2014 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y C-754 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁰ Ver, entre otras, Sentencias T-199 de 2013 M.P. Alexei Julio Estrada, T-234 de 2013 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, T-384 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa y T-361 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹¹ Ver, entre otras, Sentencias T-468 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-563 de 2013 M.P. Mauricio González Cuervo y T-318 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos.

materialmente la prestación o suministro de los servicios de salud, lo que a su vez implica que los bienes y servicios estén al alcance geográfico de toda la población, en especial de grupos vulnerables. De igual manera, se plantea la necesidad de garantizar a los usuarios el ingreso al sistema de salud con barreras económicas mínimas y el acceso a la información.¹²

- (iv) Calidad e idoneidad profesional: se refiere a la necesidad de que la atención integral en salud sea apropiada desde el punto de vista médico y técnico, así como de alta calidad y con el personal idóneo y calificado que, entre otras, se adecue a las necesidades de los pacientes y/o usuarios¹³.

Ahora bien, tanto la Ley estatutaria como la jurisprudencia de la Corte han establecido una serie de principios que están dirigidos a la realización del derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, se destacan, entre otros, los siguientes: universalidad, *pro homine*, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia, e interculturalidad¹⁴.

En suma, el derecho a la salud: (i) es fundamental, autónomo e irrenunciable tanto a nivel individual como colectivo; (ii) como servicio público esencial obligatorio debe ser prestado a la luz de importantes principios como el de oportunidad y eficacia y bajo la dirección y coordinación del Estado; (iii) implica la adopción de medidas por parte del Estado para su realización, específicamente, en su dimensión prestacional positiva y negativa; (iv) se rige por los principios de disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad; (v) se rige desde el punto normativo por los principios *pro homine*, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia e interculturalidad.

2. Procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar pago de incapacidades laborales.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario para la protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales. No obstante, se afirma que dicha acción tiene un carácter subsidiario, en tanto que, por regla general, solo procede cuando quien considere vulnerados sus derechos no disponga de otro mecanismo judicial para su protección.

De esta manera lo ha entendido la Corte Constitucional, cuando ha sosteniendo que “[l]a acción de tutela como mecanismo subsidiario de protección de derechos

¹² Ver, entre otras, Sentencias T-447 de 2014 M.P. María Victoria Calle Correa, T-076 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T-455 de 2015 M.P. Myriam Ávila Roldán.

¹³ Ver, entre otras, Sentencias T-199 de 2013 M.P. Alexei Julio Estrada, T-745 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-200 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos y T-519 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁴ Ver, ente otras, Sentencias T-612 de 2014 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-499 de 2014 M.P. Alberto Rojas Ríos y T-126 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

*fundamentales, en términos del artículo 86 de la Constitución, debe ceder, en su aplicación, si existen medios judiciales ordinarios, a través de los cuales, pueda obtenerse la protección requerida por esta vía excepcional.*¹⁵ Posición que ha reiterado a lo largo del tiempo.

Sin embargo, el principio de subsidiaridad tiene dos excepciones, a saber: (i) Que a pesar de la existencia de otro mecanismo judicial, este no sea eficaz o idóneo para la protección de los derechos transgredidos; o (ii) que la acción sea interpuesta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.¹⁶

Estas reglas fueron recogidas en el artículo 6 del Decreto Ley 2591 de 1991, como aquellos parámetros a través de los cuales se debe evaluar una eventual improcedencia de la acción de tutela. En los términos del decreto ley:

“La acción de tutela no procederá: Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.”

-En consecuencia, al evaluar la procedencia de la tutela, el juez debe tener en cuenta, no solamente si existe un mecanismo alternativo para la protección de los derechos afectados, sino también hacer un análisis robusto sobre la idoneidad tal medio respecto a la situación del solicitante, y sobre la inminencia de la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Al respecto la Corte ha sostenido que *“(...) la existencia de ese otro medio judicial no hace de por sí improcedente la intervención del juez de tutela, obligado a evaluar las circunstancias del caso puesto a su conocimiento, a efectos de determinar si el otro medio judicial resulta eficaz y proporcionado, frente a la protección que se le demanda. Es decir, el otro medio de defensa judicial existente, debe, en términos cualitativos, ofrecer la misma protección que el juez constitucional podría otorgar a través del mecanismo excepcional de la tutela.”*¹⁷

En jurisprudencia más reciente, la sentencia T-333 de 2013, la Corte señaló que *“(...) [l]a posibilidad de discutir esos asuntos en sede constitucional ha sido admitida en situaciones excepcionales, en las que exigirle al peticionario el agotamiento de los medios ordinarios de defensa puede resultar excesivo, bien sea porque se trata de un sujeto de especial protección constitucional o porque, por distintas razones, tal trámite lo expone a un perjuicio irremediable. La necesidad de asegurar la materialización efectiva de las garantías fundamentales de quienes se ven enfrentados a situaciones que los hacen especialmente vulnerables y la imposibilidad de lograr ese objetivo en las instancias judiciales ordinarias es lo que, en últimas, hace procedente la acción de tutela.”*

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-384 de 1998.

¹⁶ Constitución Política, artículo 86, incisos 1 y 3, y Decreto 2591 de 1991, artículo 6.

¹⁷ Al afirmar que el juez constitucional siempre debe analizar el medio de defensa judicial alternativo que tendría el accionante para determinar la eficacia del mismo, la Corte retoma las sentencias T-100 de 1994, T-01 de 1997 y T-351 de 1997.

Concretando y recogiendo las disposiciones y jurisprudencia señaladas en párrafos anteriores, la Corte Constitucional afirmó, en sentencia T-144 de 2016, que la acción de tutela es procedente para la reclamación de acreencias laborales cuando: “ i) *no existe otro medio de defensa judicial, o de existir, éste no es apto para salvaguardar los derechos fundamentales en juego; o ii) cuando se pruebe la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, con las características de grave, inminente y cierto, que exija la adopción de medidas urgentes y necesarias para la protección de derechos fundamentales.*”

Así las cosas, en principio, la tutela no sería el mecanismo adecuado para solicitar el pago de prestaciones laborales como el auxilio económico y el subsidio de incapacidad, en tanto la jurisdicción laboral tiene competencia para dirimir “*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 los contratos.*” (Artículo 622 de la Ley 1564 de 2012)

Sin embargo, la evaluación del requisito de subsidiariedad, en los términos en los que lo hemos desarrollado, depende de la idoneidad de los mecanismos ordinarios, en relación con las *condiciones objetivas* de quien interpone la acción. Estas condiciones ya han sido tratadas por la jurisprudencia constitucional; en su momento, la sentencia T-093 de 2011,¹⁸ al retomar otros precedentes relacionados,¹⁹ señaló que “(...) [el] conjunto de condiciones objetivas en las cuales se encuentra el accionante, por ejemplo, su edad avanzada, su estado de salud [y/o] su precaria situación económica (...)”, puede ponerlo en circunstancias de debilidad manifiesta que, como se ha dicho, deben impactar la decisión sobre la procedencia de la acción de tutela.

Tal impacto no recae exclusivamente sobre la decisión de procedencia, sino también sobre el sentido de las decisiones que adopte el juez de tutela. En efecto, si se trata de la falta de idoneidad de un mecanismo alternativo como la jurisdicción ordinaria, el juez de tutela entra a sustituir al juez ordinario y toma una decisión definitiva sobre el caso. Por el contrario, si del examen de procedencia se concluye que de lo que se trata es de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, el juez de tutela tomará medidas transitorias de protección, mientras el accionante activa la competencia del juez ordinario y este último resuelve de manera definitiva. Esto significa que caso a caso la procedencia puede variar, independientemente de que la causa pueda ser atendida a través de vías ordinarias.

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha insistido en el carácter excepcional de la procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de derechos de carácter económico derivados de relaciones laborales. Tal premisa, conduce a la necesidad de evaluar los casos concretos bajo la perspectiva de las

¹⁸ Reiterado, entre otras, por las sentencias T-333 de 2013, T-721 de 2012 y T 144 de 2016.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencias T-1206 de 2005, T-614 de 2007 y T-124 de 2007.

condiciones objetivas de quien interpone la acción, así como la naturaleza y relevancia que cobra la incapacidad en la garantía de derechos fundamentales, al ser un sustituto del salario devengado por quien ha sufrido menoscabo temporal o permanente de su capacidad laboral.

PROBLEMA JURÍDICO

En atención a lo expuesto, corresponde a este estrado judicial, determinar si Famisanar EPS, ha vulnerado los derechos fundamentales invocados a la señora **MARTHA WILCHES RODRIGUEZ**, al no generarle y reconocerle las incapacidades desde el 13 de agosto del presente año, en que comenzó a gestionar la solicitud para la toma de prueba de Covid-19, hasta el 03 de septiembre de 2020, en que terminó la cuarentena, después de la toma de la muestra, como también si es viable que la paguen la compensación económica temporal, creada por el artículo 14 del Decreto Legislativo 538 de 2020.

Bajo los anteriores postulados procede el Despacho a estudiar el tema.

CASO OBJETO DE ESTUDIO

Sobre el particular, se dilucida que la accionante, realizó todas las acciones pertinentes desde el 13 de agosto de 2020, para que la EPS Famisanar, le practicara la prueba de Covid 19, cuando se comprobó que una de sus compañeras donde trabaja resultó positivo para el Covid 19, prueba que no fue autorizada por la EPS; que el 18 de agosto, se dirigió a la IPS Cafam, porque ninguna persona de la EPS se presentó en su residencia; allí le informaron que no le podían expedir incapacidades, ni orden de alguna muestra o examen porque ya había pasado el tiempo; que el 20 de agosto de 2020, le tocó practicarse la prueba de forma particular, saliendo su resultado positivo para el Covid 19 y ni aun así le generaron la incapacidad, ni el protocolo y recomendaciones que establece el gobierno Nacional; que el 31 de agosto, la llamaron a través de teleconsulta, de manera rápida fue atendida y le informaron que no le podían expedir orden de incapacidad, que la EPS era la que debía cumplir con esa función y lo único que le entregaron fue una remisión de acuerdo a los decretos expedidos por el Gobierno.

Ahora bien, la inconformidad de la accionante radica en el hecho, que Famisanar EPS, no le autorizó y generó la incapacidad, a pesar de todos los trámites que ella efectuó ante esa entidad; lo único que le informaron era que la incapacidad debió de hacerla la EPS, desde el momento que le ordenó el examen, situación que nunca se llevó a cabo.

De otro lado, se tiene la versión de la EPS Famisanar, indicando al despacho, que con el Decreto 1109 de 2020 del 10 de agosto de 2020, el reconocimiento y pago de cualquier auxilio económico a los afiliados del régimen contributivo, se requiere obligatoriamente de la existencia de incapacidad emitida por el profesional de la

salud que valoró a la paciente y determinó su viabilidad, lo anterior, ligado a la autonomía médica del profesional. En cuanto al pago del subsidio, el mismo es exclusivamente para los afiliados del régimen subsidiado, calidad que no tiene la señora **MARTHA WILCHES RODRIGUEZ**, cotizante dependiente, que presenta vínculo laboral con el empleador Inversiones Innovar de Colombia S.A. Adiciona que la accionante busca por medio de una providencia judicial, se ordene de manera coercitiva prescribir incapacidades que hasta el momento los especialistas no han generado, vulnerando la autonomía del médico, pues ningún actor del Sistema de Salud, incluida la EPS, puede exigir o no a un galeno expedir las incapacidades. Agrega que la expedición de las incapacidades es un acto médico, sobre quienes recae la responsabilidad de expedir el certificado de incapacidad, toda vez que éste, es un documento que emite el médico tratante de la afiliada.

Sobre el particular es necesario precisar que dicha afirmación de la entidad Promotora de Salud no se trata de un capricho, por cuanto, según el Decreto 1109 de 2020, con vigencia a partir del 10 de agosto de 2020, en su artículo 8 establece que 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. Que los afiliados cotizantes al Régimen Contributivo que sean diagnosticados con Covid - 19 Y frente a los cuales el médico tratante considere que no es necesario generar una incapacidad por las condiciones físicas en las que se encuentra.

Ahora bien, es la misma IPS Cafam, en respuesta a este despacho, en que afirma que el 18 de agosto se le realizó valoración por médico general a la accionante, donde acude para reformulación de medicamentos y niega contacto con persona sospechosa de COVID 19; que en valoración de teleconsulta el 31 de agosto de 2020: *“Refiere positivo para covid muestra tomada el día 20 de agosto, la tomo de manera particular..., la muestra fue por PCR. Refiere en la línea de Famisanar le dieron la orden de aislamiento por 10 días. Niega síntomas asociados. Desea saber si ya puede reintegrarse. PACIENTE POSITIVA PARA COVID, SIEMPRE ASINTOMÁTICA. YA TERMINO AISLAMIENTO POR 10 DIAS, SIGUE ASINTOMÁTICA. SE DEJA ORDEN DE ALTA PARA LA PACIENTE”*. Por lo anterior, la paciente es asintomática de acuerdo a lo descrito en historia clínica; las incapacidades médicas son criterio del profesional y de acuerdo a lo descrito no requería por ser asintomática.

En ese orden de ideas, no se le puede enrostrar una falta a la EPS Famisanar y la IPS Cafam, por cuanto, su actuar se encuentra amparado por la ley, respecto de los afiliados cotizantes al Régimen Contributivo que sean diagnosticados con Covid - 19 y frente a los cuales el médico tratante considere que no es necesario generar una incapacidad por las condiciones físicas en las que se encuentre la misma. Lo mismo sucede, con la petición que hace en la segunda pretensión la accionante, al solicitar que por su situación económica actual, le generen el pago

de la compensación económica temporal, que trata el Artículo 14 del Decreto Legislativo 538 de 2020; sin embargo, este despacho pone de presente a la accionante, que los beneficiarios de esa compensación económica temporal, son los afiliados al régimen subsidiado y la señora **MARTHA WILCHES**, se encuentra afiliada al régimen contributivo, que presenta vínculo laboral con el empleador Inversiones Innovar de Colombia S.A.

Ahora bien, si en gracia de discusión, la accionante persiste que no se le presto el servicio oportunamente, o hubo negligencia por parte de la EPS, puede presentar la respectiva queja ante la Superintendencia Nacional de Salud, teniendo en cuenta que el Decreto No. 1109 de 2020, en su artículo 6, de rastreo de los contactos de los casos de contagio de coronavirus Covic 19, en el parágrafo 3, establece que la Superintendencia Nacional de Salud, en el marco de sus competencias, iniciará investigaciones y sancionará a las entidades que desatiendan las obligaciones que el decreto ordena.

Aunado a lo anterior, la accionante se limitó a enunciar la vulneración a su derecho fundamental al mínimo vital, mas no desarrolla en forma concreta una amenaza real, pues en efecto se menguo su capacidad laboral durante la incapacidad, pero se reitera no se allego medio de prueba alguno de la existencia de algún tipo de riesgo, con ello desdibuja la posible amenaza que requiera la intervención inmediata del Juez.

Concluye el Despacho, que el derecho a la salud y vida en condiciones dignas de **MARTHA WILCHES RODRÍGUEZ**, está garantizado, en la medida que no se allego ningún medio de prueba de servicios pendientes o que no se hubieren realizado.

Por lo expuesto anteriormente, no se tutelaré en contra de Famisanar EPS, al constatarse que no han vulnerado derechos fundamentales **MARTHA WILCHES RODRIGUEZ**, pues no se avizora ninguna acción u omisión, por parte de esa entidad, ya que revisadas cada una de las pretensiones las mismas no están llamadas a prosperar. No se tutelaré en contra de la IPS Cafam, Adres y la Superintendencia Nacional de Salud, teniendo en cuenta que no han vulnerado derechos fundamentales de la accionante.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NO TUTELAR los derechos fundamentales invocados por **MARTHA WILCHES RODRIGUEZ**, quien actúa en nombre propio, en contra de la EPS

Famisanar, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NO TUTELAR, en contra de la IPS Cafam, Adres y la Superintendencia Nacional de Salud, al establecer que no han vulnerado derechos fundamentales de **MARTHA WILCHES RODRIGUEZ**.

TERCERO: INFORMAR a la accionante y accionado que la presente decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

CUARTO: ORDENAR que de no ser impugnada esta decisión sea remitida la actuación de copias, a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado Por:

**OMAR LEONARDO BELTRAN CASTILLO
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 74 PENAL MUNICIPALCN FUNCION CONTROL GARANTIAS
BOGOTA**

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:

5b3ff68c85c31cf966f0c0867e8da138118ec12e28af16066716941144e728d9

Documento generado en 16/09/2020 09:29:04 p.m.