



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**JUZGADO 39 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MULTIPLE
DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**
j39pccmbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D. C., veintiocho (28) de octubre de dos mil veinte (2020)

Ref. ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-41-89-039-2020-01026-00
ACCIONANTE: WILLIAM SNEIDER CLAVIJO PEÑUELA.
ACCIONADA: FAMISANAR EPS.

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela de la referencia, una vez rituado en legal forma el trámite correspondiente.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Se exponen como fundamentos de la tutela, en síntesis, que el accionante ha cancelado los aportes al Sistema de Seguridad Social sin presentar interrupción alguna, en calidad de trabajador independiente por intermedio de la Asociación Agrucol.

Que le fue expedida por parte de su galeno tratante incapacidad médica del 12 al 21 de febrero de la presente anualidad, generándose un total de 10 días de incapacidad por diagnóstico de “hernia umbilical sin obstrucción gangrena”, la cual tramitó ante la ESP accionada sin que la misma haya efectuado el pago, por lo que asegura está desconociendo el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011, como la Ley 100 de 1993, los Decretos 2943 de 2013, 780 de 2016 y la Ley 776 de 2002.

Agrega que, el no pago de la incapacidad ha generado una inobservancia al precedente constitucional causando una afectación a sus derechos fundamentales puesto que ello es su única fuente de ingresos razón por la cual se encuentra gravemente vulnerada su subsistencia.

2. La Petición

Con fundamento en lo anterior, solicita la protección de sus derechos fundamentales vida, igualdad, seguridad social y mínimo vital, en consecuencia, se ordene a la EPS accionada realizar el pago de la incapacidad alegada.

3.- Trámite Procesal

Una vez admitida la presente acción, se ordenó la notificación a la accionada y las vinculadas, a efectos de que ejercieran el derecho a la defensa sobre los hechos alegados, en donde la primera, **EPS FAMISANAR S.A.S.**, a través de su Director de Operaciones Comerciales, en síntesis, indicó que el pago de incapacidades no puede ser catalogado como una violación a un derecho fundamental, por cuanto se reclama un resarcimiento de tipo económico, por lo que asimismo aseguró que existen otros medios jurídicos idóneos por medio de los cuales se reclaman prestaciones económicas, sumado a que el accionante no demostró vulneración al mínimo vital, ya que asegura que no fue allegado documentación ni prueba que así lo indicara.

Por su parte, **LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN RAFAEL DE CAQUEZA**, expuso que de manera oportuna y correcta atendió al accionante ordenándole de manera oportuna los exámenes médicos requeridos para su tratamiento, afiliado a la EPS Famisanar Evento II Nivel, en donde en efecto fue atendido con fecha de registro 16/01/2020, donde le fue entregada su incapacidad post operatorio herniorrafía umbilical de fecha inicial 12 de febrero hasta el 21 de febrero de 2020 y, formuló la falta de legitimación en la causa por pasiva con ocasión a que el hecho le corresponde solucionarlo a su Entidad Promotora de Salud.

La **ASOCIACIÓN DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES - AGRUCOL.**, a su turno indicó que la entidad ha realizado los aportes al sistema de manera completa, dando cumplimiento desde el momento de afiliación del accionante a su obligación de servir de intermediaria entre el trabajador independiente y el sistema de seguridad social, evidenciándose de esa manera que hasta la fecha la asociación no ha recibido comunicación alguna por parte de la EPS en la cual se rechazarán los aportes pagados a nombre del accionante por lo que no existe fundamento para el no pago de las prestaciones económicas derivadas de su incapacidad médica, así solicitó acceder a las suplicas de la presente acción.

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, describió los derechos alegados por la accionante, la normatividad acorde a los mismos, como también el régimen del reconocimiento y pago de incapacidades, y propuso la falta de legitimación por pasiva, toda vez que no es responsable del agravio a que alude la parte accionante, solicitando su desvinculación, asimismo, ocurrió con **LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES-**, quienes propusieron la falta de legitimación en la causa por pasiva.

II. CONSIDERACIONES

De la Acción de Tutela

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció que toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, 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, o contra particular frente al cual se encuentre en condiciones de subordinación. 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.

La acción de tutela en consecuencia es viable, cuando quiera que un derecho fundamental constitucional se encuentre bajo amenaza o vulneración, situación que deberá ser demostrada o probada, por quien reclama su protección.

Problema Jurídico

En el caso objeto de análisis, el problema jurídico consiste en determinar si al accionante se le han vulnerado los derechos fundamentales vida, igualdad, seguridad social y mínimo vital por parte de la EPS convocada -EPS FAMISANAR- al no cancelarle la incapacidad médica alegada, la cual abarcó desde el 12 al 21 de febrero de la presente anualidad, generándose un total de 10 días de incapacidad con ocasión al diagnóstico de “hernia umbilical sin obstrucción gangrena”.

Procedencia de la acción contra particulares.

Debe tenerse en cuenta que la procedencia de la acción de tutela en contra de particulares, es de naturaleza excepcional, tal y como lo ordena el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991; de tal suerte que para que se declare su prosperidad se deben reunir los siguientes requisitos; a saber:

*“1. Cuando el accionado preste un servicio público de educación para proteger los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Carta Magna. 2. Cuando el accionado preste un servicio público de salud, para proteger los derechos a la vida, la intimidad, la igualdad y la autonomía. 3. Cuando el accionado preste un servicio público domiciliario. 4. **Cuando se demuestre la relación de subordinación e indefensión del accionante frente a la entidad privada accionada.** 5. Cuando la accionada viole el derecho consagrado en el artículo 17 de la C. P. 6. Cuando la entidad accionada sea la encargada de resolver una solicitud de habeas corpus. 7. Cuando se solicite rectificación de informaciones erróneas e inexactas. 8. Cuando el particular actúe en ejercicio de funciones públicas.”*

Dada la calidad de trabajador que tiene la accionante para con la entidad accionada, se considera que la primera citada se hallaba en situación de subordinación respecto de la segunda. Por tales razones, se estima procedente darle el trámite de ley conforme a la norma antes citada.

La jurisprudencia constitucional ha sido del criterio que las personas que pretenden el cobro de incapacidades médicas a través de la acción de tutela cuentan con otros mecanismos judiciales a través de los cuales pueden obtener su pago, procedimientos tales como el proceso ordinario laboral, o el trámite ideado ante la Superintendencia Nacional de Salud. No obstante, también se ha sostenido que a pesar de lo anterior, *“el pago de las incapacidades médicas no solo debe ser entendido como una simple obligación dineraria u económica, sino que, por el contrario, se constituye en el medio a través del cual un trabajador ve suplido su salario ante la materialización de una contingencia que afecte su salud al punto que se vea imposibilitado para desarrollar sus labores y, por tanto, los recursos básicos a partir de los cuales puede procurarse una congrua subsistencia y la de su núcleo familiar. Adicionalmente, se ha expresado que esta prerrogativa se constituye en una garantía para la recuperación de la salud del afiliado, pues a partir de su goce, éste puede reposar y asumir adecuadamente el tratamiento que requiere, sin necesidad de tener que preocuparse por reintegrarse anticipadamente a sus actividades laborales con el objetivo de recibir su sustento diario y el de su familia”*.

Por lo que *“...la acción de tutela puede constituirse en el único mecanismo idóneo para que una persona obtenga la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas como producto de la negativa en el reconocimiento del pago de las incapacidades que le han sido dictaminadas”*¹.

De la Subsidiariedad.

El artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 asignó a la Superintendencia Nacional de Salud la función jurisdiccional de: *“conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez”* los asuntos en los que exista

¹ Sentencia T-529 de 2017

conflicto entre las entidades que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud y los usuarios.

Posteriormente, el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 adicionó tres literales y modificó el parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 -Artículo modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, con lo que se amplió el número de asuntos que puede conocer la Superintendencia Nacional de Salud dentro de su función jurisdiccional. Adicionalmente, el artículo consagró que el procedimiento dispuesto es preferente y sumario y que deberá sujetarse a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción. De esta manera, los asuntos que actualmente pueden ser sometidos a consideración de la entidad son los siguientes:

“a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario;”

“b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios;”

“c) Conflictos que se susciten en materia de multiafiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud;”

“d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud;”

“e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo;”

“f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud;”

“g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”.

Sobre la temática el máximo órgano de cierre de la especialidad constitucional ha indicado que:

*“Desde que se asignaron las primeras competencias jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud, la Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, sobre el alcance de dichas atribuciones. En particular, la Sentencia C-119 de 2008[52] estableció que cuando, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, la Superintendencia Nacional de Salud conoce y falla en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez los asuntos de su competencia, “(...) **en modo alguno estará desplazando al juez de tutela, pues la competencia de este último es residual y subsidiaria**, mientras que la de la Superintendencia será principal y prevalente.”*

“De lo anterior es posible deducir las siguientes reglas: (i) el procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud para la protección de los derechos de los usuarios en el marco de las relaciones EPS-Afiliado tiene un carácter prevalente; (ii) la tutela tiene un carácter residual cuando se persigue la protección de los derechos de los usuarios del sistema de seguridad social en salud; y (iii) la posibilidad de acudir directamente a la tutela es excepcional, de modo que ésta procede cuando se esté ante la inminente configuración de un perjuicio irremediable o se establezca que, en el caso concreto, el procedimiento ante la autoridad administrativa no es idóneo”².

A lo anterior agregó:

*“El juez constitucional **-para cada caso concreto-** debe analizar si el mecanismo judicial establecido por el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 es eficaz e idóneo para la efectiva protección de los derechos fundamentales alegados, o si por el contrario su utilización puede derivar en la configuración de un perjuicio irremediable que haga ineludible la presentación de una acción de tutela por la urgencia de la protección”³.*

Caso Concreto

En primer lugar, observa el Despacho que en el caso objeto de estudio existe una controversia en torno al pago de una incapacidad médica con cargo al sistema de seguridad social y, que, no fue cancelada a pesar de haber sido radica en su oportunidad ante la EPS accionada Famisanar, la cual podría ser resuelta por la **Superintendencia Nacional de Salud, en concordancia con la competencia asignada por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011.**

Y es que, nótese que acogiéndose a los criterios jurisprudenciales antes enunciados, no se advierte que en el presente asunto, se vean involucrados los derechos de una persona de especial protección, ni mucho menos se encuentra ante la inminencia de sufrir un **perjuicio irremediable** a causa de la demora en el pago de dicha incapacidad que reclama el accionante, quien si bien tiene derecho a reclamar dicho pago, no es por esta vía constitucional.

En efecto, el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, indica que los afiliados del sistema general de seguridad social en salud –SGSSS– tendrán el beneficio de recibir una contraprestación económica a título de incapacidad por enfermedad general por intermedio de las entidades promotoras de salud –EPS–, cuyo reconocimiento deberá realizarse una vez un profesional adscrito a la EPS brinde su visto bueno y, siempre y cuando, según las indicaciones del artículo 2.1.13.4 del Decreto único reglamentario del sector salud y protección social 780 de 2016, el afiliado cotizante haya efectuado aportes por lo menos durante cuatro semanas previas a la solicitud de la incapacidad por enfermedad general y si estas no se originan en tratamientos o complicaciones de procedimientos con fines estéticos u otros que se encuentren excluidos del plan de beneficios.

Ahora bien, el artículo 2.2.3.1 del Decreto único 780 de 2016 indica que el pago de las prestaciones económicas al aportante será realizado directamente por las EPS y las empresas obligadas a compensar –EOC– a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica, por su parte, el

² Corte Constitucional Sentencia T-235 de 2018

³ ibidem

ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-41-89-039-2020-01026-00

artículo 28 de la Ley 1438 de 2011, aún vigente, frente al proceso de reembolso de esas prestaciones económicas, indica que el empleador tiene derecho a solicitar a las EPS el reembolso de prestaciones económicas en un plazo máximo de tres años contados desde la fecha en que este efectúe el pago al trabajador.

En este orden de ideas, conforme a la regulación normativa y jurisprudencial en cita, es claro que no se trata de un sujeto de especial protección constitucional, lo cual no evidencia una situación de vulnerabilidad que haga necesaria **la intervención del juez constitucional**, pues, se insiste, dadas las especiales particularidades del caso, se debe acudir a la Superintendencia Nacional de Salud para que analice el tema y, en caso dado, formular la respectiva acción de cobro.

Así las cosas, al no evidenciarse la vulneración de los derechos fundamentales del accionante y, existir otra entidad, esto es, la Superintendencia Nacional de Salud quien resuelva sobre el pago de dicha incapacidad a cargo del sistema de seguridad social ya referidos, se negará el amparo deprecado.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO 39 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MULTIPLE DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR el amparo constitucional reclamado por el señor **WILLIAM SNEIDER CLAVIJO PEÑUELA**, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: En los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 notifíquese esta providencia en forma telegráfica o por cualquier medio expedito a las partes.

TERCERO: La presente decisión podrá ser impugnada, dentro de los tres días siguientes a su notificación en los términos del artículo 31 del decreto 2591 de 1991. Si esta providencia no fue impugnada en tiempo oportuno, envíese la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,

Firmado Por:

CRISTHIAN CAMILO MONTOYA CARDENAS
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 39 COMPETENCIA MÚLTIPLE BOGOTÁ

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:

157d74f79eb6f105e561375f9622579bafef5aa2f1b7b99ee9a18d618a9da656

Documento generado en 28/10/2020 02:03:33 p.m.

ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-41-89-039-2020-01026-00

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