



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

JUZGADO VEINTICUATRO CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA

SENTENCIA DE TUTELA

Bucaramanga, tres (03) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Procede el despacho a proferir sentencia dentro del presente asunto, a términos del artículo 22 del Decreto 2591 de 1991, previo los siguientes,

I. ANTECEDENTES

KELLY JOHANNA JAIMES GALVIS, formuló acción de tutela en nombre propio, por considerar que las entidades accionadas han vulnerado sus derechos fundamentales con base en los siguientes hechos:

- Refiere que se encuentra afiliada a la EPS FAMISANAR y que también cuenta con medicina prepagada a través de AXA COLPATRIA.
- Manifiesta que por una contusión de rodilla, contusión y torcedura de tobillo y una fractura múltiple que afecta la base del segundo y tercero metatarsiano del pie derecho que sufrió, le fueron dadas por parte de AXA COLPATRIA tres (03) incapacidades médicas, la primera por ocho (08) días con fecha de inicio el 12 de Septiembre de 2022, una segunda por veinte (20) días que inició el 18 de Septiembre pasado y una última por el término de treinta (30) días que inició el 8 de Octubre también del 2022.
- Dice que el 20 de Septiembre del 2022, radicó ante FAMISANAR las 2 primeras incapacidades, bajo el radicado 5010-2022-E-302611, pero el 27 de Diciembre del mismo año, recibió un correo electrónico en el que se le informó que negaba el pago de las mismas, por falta de autorización de la atención de la IPS que generó las incapacidades.
- Asegura que el 3 de Noviembre del año inmediatamente anterior, radicó ante FAMISANAR la última incapacidad de 30 días, bajo el radicado 5010-2022-E-378195, pero hasta el momento no ha recibido respuesta respecto al pago de ella.
- Menciona que necesita el pago de las incapacidades para proveer su sostenimiento y el de su hija menor de edad, ya que es una madre cabeza de hogar y no cuenta con otros recursos para mantener su núcleo familiar.

- Comenta que cuando se acerca a FAMISANAR para preguntar por el pago de las incapacidades le dicen que debe seguir esperando, porque el trámite se demora más de 5 meses, pero ella requiere el pago de forma inmediata.

II. DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Aduce la actora que las accionadas, se encuentran vulnerado sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, el mínimo vital, la salud y la seguridad social, por lo que solicita se ordene a FAMISANAR EPS, que le cancele de forma inmediata las incapacidades médicas que le fueron otorgadas por el galeno tratante y las demás que le sigan ordenando.

III. ACTUACION PROCESAL

La presente acción de tutela fue admitida con providencia del 20 de Enero del año en curso, en la cual se dispuso notificar a la EPS FAMISANAR con el objeto de que se pronunciara acerca de cada uno de los hechos referidos en el escrito constitucional, además de que se ordenó vincular de oficio a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES y a AXA COLPATRIA MEDICINA PREPAGADA.

IV. CONTESTACION A LA TUTELA

• FAMISANAR EPS

Refiere que en cuanto al pago de las incapacidades, solicitó información con el área encargada pero no obtuvo una respuesta al momento de la emisión de su pronunciamiento frente a la acción constitucional, advirtiendo que le daría alcance de forma completa cuando obtuviera la contestación del área encargada.

Pese a lo anterior, menciona que según información extraída del sistema de la EPS, sobre la primera incapacidad de 8 días, su pago se negó por cuanto no se registra autorización de la atención por parte de la EPS para la IPS, que generó la incapacidad. En lo concerniente a la segunda por 20 días con fecha de inicio 20 de Septiembre del 2022, dice que la misma se encuentra pendiente de pago y para proceder con su cancelación se debe presentar certificación bancaria, y respecto de la tercera y última incapacidad de 30 días, su pago también fue negado por documentos insuficientes, por resumen de historia clínica y epicrisis y que si la IPS no es adscrita, el usuario cuenta con 15 días para el trámite.

Considera además que en este caso la tutela es improcedente por carencia de un perjuicio irremediable y ausencia de violación a los derechos fundamentales, además de que también lo es porque este medio no procede para solicitudes de índole económico.

• AXA COLPATRIA MEDICINA PREPAGADA

Cuenta que la relación existente entre esa compañía y la tutelante, deriva de un contrato de prestación de servicios de salud y en virtud de él, se le prestan servicios de urgencias, medicina especializada, exámenes de diagnóstico y otros.

Asevera que por parte de esa firma no existe violación a derecho fundamental alguno de la señora JAIMES GALVIS, pues recae en cabeza de la EPS a la cual se encuentra afiliada, la obligación de hacer el pago de las incapacidades requeridas, y deben ser garantizadas con las coberturas del plan de beneficios antes POS, ya que de ninguna manera las incapacidades temporales son de cobertura de los planes de medicina prepagada, toda vez que a los afiliados al régimen contributivo del SGSSS, esto es, a los cotizantes a través de las EPS se les reconoce las incapacidades por enfermedad general, por lo que solicita que se declare la improcedencia de la acción en lo que respecta a esa entidad y que se condene a FAMISANAR a que haga el pago de las incapacidades dadas a la actora.

- **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- ADRES**

Refiere que el reconocimiento y pago de incapacidades inferiores a 540 días conforme a la normatividad vigente, no es competencia de esa administradora, por lo que la presunta vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esa entidad, lo que configura una falta de legitimación en la causa por pasiva frente a ella.

Igualmente indica que, en este asunto la tutela se torna improcedente por contener pretensiones económicas y además no cumple con el requisito de subsidiariedad, pidiendo además negar el amparo en lo que tiene que ver con esa administradora, en la medida que no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales de la actora, y, en consecuencia, pide su desvinculación del presente trámite.

V. CONSIDERACIONES

1. De la competencia

Es competente este despacho judicial, para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia con fundamento en el Artículo 86 de la Constitución Política, en armonía con las normas contenidas en el Decreto 2591 de 1991.

2. De la legitimación y procedencia de la acción de tutela

2.1. Legitimación por activa

Determina el Artículo 86 de la Constitución Política que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona a fin de reclamar la protección de sus derechos fundamentales. En esta ocasión la señora KELLY JOHANNA JAIMES GALVIS, actuando en nombre propio solicita se amparen sus prerrogativas constitucionales a la vida en condiciones dignas, al mínimo vital, a la salud y la seguridad social.

2.2. Legitimación por pasiva

La EPS FAMISANAR es una entidad particular, que presta el servicio público de salud, por lo tanto, de conformidad con el Artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 se encuentra legitimada como parte pasiva, al imputársele responsabilidad en la presunta vulneración de derechos fundamentales que invoca la accionante, además que es la entidad a la cual se encuentra afiliada la actora.

3. Problemas Jurídicos

3.1 ¿Es procedente la acción de tutela para reclamar el pago de las incapacidades por enfermedad general, sustentada en vulneración al derecho del mínimo vital?

3.2 ¿Se circunscribe a determinar si la EPS FAMISANAR, vulneró el derecho fundamental al mínimo vital de la accionante, al negar el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas de origen común que le fueron expedidas?

4. Marco Jurisprudencial

4.1. De la acción de tutela

El Artículo 86 de la Carta Política de Colombia, prevé que toda persona tendrá derecho a presentar acción de tutela, con el fin de reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos Constitucionales Fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados, por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o por quien preste servicios públicos.

En términos del Artículo 86 constitucional, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona, cuando la acción u omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares¹, vulnera o amenaza tales derechos constitucionales².

Este mecanismo privilegiado de protección, es, sin embargo, residual y subsidiario.³, en concordancia con el artículo 6to. del Decreto 2591 de 1991, sólo procede la acción de tutela cuando (I) el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento, caso en el cual la acción de tutela entra a salvaguardar de manera inmediata los derechos fundamentales invocados, o (II) cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados,⁴ o (III) cuando existiendo el medio idóneo alternativo de defensa judicial, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable⁵ a los derechos fundamentales.

4.2. Procedencia de la acción de tutela para exigir el pago de incapacidades médicas por enfermedad general y el derecho al mínimo vital.

¹ En los términos que señala el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

² Corte Constitucional. SU-1070 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

³ Ver entre otras las sentencias T-827 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-648 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-1089 de 2005. M.P. Álvaro Tafur Gálvis; T-691 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-015 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴ Lo que permite que la acción de tutela entre a proteger de manera directa los derechos presuntamente vulnerados.

⁵ Sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, resultan relevantes las sentencias C-1225 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; SU-1070 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño; SU-544 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-1670 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz, y la T-225 de 1993 en la cual se sentaron las primeras directrices sobre la materia, que han sido desarrolladas por la jurisprudencia posterior. También puede consultarse la sentencia T-698 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes y la sentencia T-827 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Al respecto, en reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente en Sentencias como la T-224 de 2021:

“Inmediatez

67. *El artículo 86 de la Constitución Política establece que cualquier persona podrá interponer acción de tutela en todo momento cuando considere vulnerados sus derechos fundamentales. Esta expresión fue reiterada en el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991. Sin embargo, pese a la informalidad que caracteriza a este mecanismo, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que su interposición se debe hacer dentro de un plazo oportuno y justo⁶. Este último será contado a partir del momento en que ocurre la situación transgresora o que amenaza los derechos fundamentales.*

68. *La anterior regla tiene sentido dada la naturaleza del mecanismo de amparo. Este es un instrumento de protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales. Por esta razón, el constituyente de 1991 lo estructuró como un trámite breve y sumario al alcance de cualquier persona. En consecuencia, acudir a la tutela después de haber transcurrido un tiempo considerable a partir del hecho o actuación que conculca las garantías fundamentales desnaturalizaría la esencia y finalidad de la mencionada acción constitucional....(..).*

Subsidiariedad

72. *Este presupuesto demanda que, antes de acudir al mecanismo de tutela, la persona haya ejercido las herramientas e instrumentos establecidos en el ordenamiento legal para la resolución de la controversia jurídica. Sin embargo, esta regla presenta dos excepciones. Por una parte, cuando se invoca el amparo constitucional de forma transitoria mientras la jurisdicción ordinaria resuelve el asunto, siempre y cuando se pretenda evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Por otra parte, cuando se acredite que la vía ordinaria para resolver el asunto no resulta idónea o eficaz para la protección de los derechos fundamentales conculcados.*

73. *El juez constitucional tiene el imperativo de analizar el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad del mecanismo de amparo antes de adoptar cualquier orden judicial. Asimismo, debe ser más exhaustivo antes de declarar la improcedencia de la acción, en los casos en los que exista amenaza de que ocurra un perjuicio irremediable, cuando el accionante se encuentre en condiciones de vulnerabilidad manifiesta o se trate de un sujeto de especial protección constitucional. La Corte ha establecido que, en ciertos casos, dadas las particularidades de vulnerabilidad de la persona que interpone la tutela, se justifica que el análisis de procedencia sea más flexible⁷...(..).*

82. *Por otro lado, respecto al reconocimiento y pago de las incapacidades médicas a través de la acción de tutela, este tribunal ha indicado que para su cobro existen otros mecanismos idóneos (i.e. proceso ante la jurisdicción ordinaria laboral o el trámite adelantado por la Delegada para la Función Jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud). No obstante, la Corte también ha manifestado que, cuando se presenta una grave amenaza al mínimo vital, resulta procedente tramitar por esta vía dicha prestación económica⁸.*

83. *De igual forma, este tribunal ha indicado que el pago de las incapacidades no solo debe ser visto como una simple pretensión económica, sino como la manera en la que el trabajador logra compensar su salario ante una contingencia de salud. El objetivo es que no resulte afectada su subsistencia y la de los familiares que tenga a cargo⁹.*

⁶ Sentencias T-834 de 2005 y T-887 de 2009.

⁷ Sentencia T-087 de 2018.

⁸ Sentencia T-025 de 2017.

⁹ Sentencia T-529 de 2017.

84. En relación con el trámite ante la Superintendencia Nacional de Salud, es preciso indicar que esta Corte ha sostenido que la Superintendencia “tiene una capacidad administrativa limitada respecto de sus facultades jurisdiccionales para resolver los conflictos que se le presentan de conformidad con lo establecido en la Ley”¹⁰. Esto ocurre porque: i) para dicha entidad, en general, es imposible proferir decisiones jurisdiccionales en los diez días que le otorga la ley¹¹; ii) existe un retraso de hasta tres años para solucionar de fondo las controversias conocidas por la entidad en todas sus sedes, especialmente las de carácter económico; y iii) no cuenta con la capacidad logística y organizativa para dar solución a los problemas jurisdiccionales que se le presentan fuera de Bogotá porque carece de personal especializado suficiente en las regionales y posee una fuerte dependencia de la capital¹².

85. Para la Corte, mientras persistan las mencionadas dificultades, dicho mecanismo “no es un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de derechos fundamentales de los usuarios del SGSSS, razón por la cual la acción de tutela es el medio eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados por el accionante”¹³. Aunado a ello se debe tener en cuenta que -de cara a la modificación incorporada por el artículo 6º de la Ley 1949 de 2019 a las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia- a esta se le suprimió la competencia para conocer del reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador.....(....)”.

Al respecto también ha sostenido la jurisprudencia Constitucional:

“El reconocimiento y pago de una incapacidad asegura al trabajador un ingreso económico durante el periodo de su convalecencia, permitiéndole asumir su proceso de recuperación en los términos y condiciones médicamente diagnosticadas, particularmente por la especial protección a que tiene derecho en vista de su situación de debilidad manifiesta, además de garantizársele su derecho al mínimo vital, permitiendo la satisfacción de las necesidades básicas de él y su grupo familiar económicamente dependiente, mientras se reintegra a la actividad laboral”

Es por ello que, con el reconocimiento de éste tipo de prestaciones se pretende garantizar las condiciones mínimas de vida digna del trabajador y del grupo familiar que de él depende, en especial cuando se deterioran sus condiciones de salud o de orden económico. De esta misma manera, este derecho encuentra un amplio desarrollo en instrumentos internacionales.

En Sentencia T-643/14 la Corte Constitucional, frente al particular adujo:

Así, ante circunstancias como las anteriores, en las que los derechos fundamentales se encuentran afectados por el no pago de una incapacidad laboral, el amparo constitucional es el mecanismo judicial apropiado para consolidar la protección de tales derechos”

En esa misma línea, también ha resaltado la jurisprudencia de la Corte, la importancia del pago de las incapacidades, como un mecanismo que garantice la adecuada recuperación del trabajador, quien no debe preocuparse por volver, de manera anticipada y poniendo en riesgo su salud, a trabajar con el objeto de ganar su sustento y el de su familia

En ese orden de ideas, el no pago de las incapacidades médicas, si bien constituyen *per se* el desconocimiento de un derecho laboral, también pueden generar una afectación directa al mínimo vital, a “la salud y en casos extremos poner en peligro la

¹⁰ Sentencia T-114 de 2019.

¹¹ Ley 1122 de 2007(modificada por la Ley 1438 de 2011).

¹² Sentencias T-114 de 2019, T-192 de 2019, T-117 de 2019 y T-526 de 2019.

¹³ Sentencia T-114 de 2019.

vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos”.

En conclusión, toda vez que la negativa de pago de una indemnización médica puede generar la afectación de los derechos al mínimo vital, seguridad social, salud y vida en condiciones dignas del trabajador afectado, por la gravedad que las consecuencias de esa negativa puede generar en sus derechos fundamentales, la acción de tutela será procedente.

4.3. El pago recibido por las incapacidades laborales es un sustituto del salario

A través de diferentes figuras (i.e. incapacidades laborales), el Sistema General de Seguridad Social establece la protección a la que tienen derecho los trabajadores cuando se encuentran incapacitados para desarrollar sus actividades laborales debido a un accidente laboral o una enfermedad de origen común.

El artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo establece que el trabajador tiene derecho al pago de un auxilio monetario en caso de incapacidad comprobada. Por su parte, el artículo 206 de la Ley 100 de 1993 dispone que el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general. Dicho artículo establece que las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud.

El pago de las incapacidades reconoce la importancia que tiene el salario de los trabajadores para la salvaguarda de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. Así lo ha sostenido la Corte Constitucional al referirse a las incapacidades. Ese tribunal ha establecido que el pago de aquellas se creó para garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez. De manera que el Sistema General de Seguridad Social está concebido como un engranaje en el cual se establece que, ante una contingencia exista una respuesta apropiada¹⁴. La jurisprudencia constitucional también fijó unas reglas en la materia¹⁵:

“i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores¹⁶, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar;

ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia¹⁷; y

iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta¹⁸”.

¹⁴ Sentencias T-876 de 2013, T- 200 de 2017 y T-312 de 2018

¹⁵ Sentencias T-684 de 2010 y T-490 de 2015.

¹⁶ Sentencia T-311 de 1996.

¹⁷ Ibídem.

¹⁸ Sentencia T-789 de 2005.

En consecuencia, ante la falta de reconocimiento de las incapacidades se presume la vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital, la salud y la vida digna del trabajador¹⁹.

4.4. Incapacidades por enfermedad de origen común

En virtud de lo consagrado en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social y el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, uno de los factores determinantes para definir el monto y la responsabilidad de pago de las incapacidades producto de enfermedades de origen común, es el tiempo de duración de estas.

En este sentido, encontramos, por un lado, las incapacidades de una duración de hasta 180 días contados a partir del hecho generador de esta, en cuyo caso se reconoce el pago de un **auxilio económico**. Por otro lado, cuando la incapacidad supera los 180 días, a partir del día 181 se aplica la figura de pago del conocido **subsidio de incapacidad**.

Una vez determinada la figura aplicable a las incapacidades de hasta 180 días o superiores, es preciso indicar la obligación de pago en cada caso. Al respecto la jurisprudencia ha distinguido 4 escenarios, así:

- A. Conforme a lo contenido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013, el empleador será el encargado de asumir el pago de las incapacidades durante los días **1 y 2**.
- B. Si la incapacidad supera el día 2, el artículo antes citado dispone que a partir del día **3** y hasta el día **180** la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado el trabajador.
- C. Por otra parte, si la limitación laboral del trabajador, emitida a través de una incapacidad, es mayor a los 180 días, a partir del día **181** y hasta los **540** días, el pago de este tipo de prestaciones económicas está a cargo de los fondos de pensiones, en virtud de la facultad que el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 otorga a estos para "*postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS*".

La Corte ha destacado que esta situación fáctica, como regla general, tiene una excepción consistente en que la EPS debe emitir el concepto de rehabilitación del afiliado antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Así pues, si pasados 180 días iniciales la EPS no ha expedido el concepto de rehabilitación, "*será responsable del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto*". De manera que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya omitido el deber de emisión y envío del concepto de rehabilitación correspondiente.

- D. Finalmente, en el escenario de aquellas personas que i) contaban con un concepto favorable de rehabilitación, ii) calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50% y iii) continuaban con incapacidades superiores a los 540 días, la jurisprudencia constitucional había considerado un déficit de protección previo a la promulgación de la Ley 1753 de 2015.

¹⁹ Sentencia T- 200 de 2017.

En este sentido, en sentencia T-468 de 2010, la Corte Constitucional había reconocido la existencia de múltiples eventos en los que una afectación a la salud de los trabajadores llevaba a las EPS a certificar incapacidades superiores al tiempo estipulado en el Sistema Integral de Seguridad Social, ya que las limitaciones físicas no permitían determinar una pérdida de capacidad laboral mayor al 50%, pero la imposibilidad de retomar las actividades laborales continuaba. Por tanto, el trabajador quedaba en un estado de desamparo y desprotección sin los medios necesarios para subsistir por no contar con una garantía de pago de incapacidades superiores a los 540 días ni poder acceder a una pensión de invalidez.

4.5. Requisitos para el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas de origen común

Los requisitos para el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas generales se encuentran consignados en el Artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1427 del 2022 que modificó el 780 del 2016, *“Por el cual se sustituye el título 3 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 780 de 2016, se reglamentan las prestaciones económicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”*. En dicha disposición, se establece que para solicitar el reembolso o pago de la incapacidad de origen común, debe acreditarse al momento del inicio de la incapacidad:

- i) *Ser afiliado cotizante y,*
- ii) *Haber efectuado aportes por un mínimo de cuatro semanas al Sistema General de Seguridad Social en Salud.*
- iii) *Contar con el certificado de incapacidad de origen común expedido por el médico de la red de la entidad promotora de salud o entidad adaptada o validado por esta.*

Por otra parte, el inciso segundo del Artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1427 del 2022, en relación con incapacidades que son dadas por galenos que no están adscritos a la red prestadora de servicios de salud de las EPS dispone que:

*“La incapacidad expedida por el médico u odontólogo no adscrito a la red prestadora de servicios de salud de la entidad promotora de salud o entidad adaptada, será validada por la entidad a la cual se encuentra afiliado el cotizante y pagada por esta, siempre y cuando sea expedida por profesional médico u odontólogo inscrito en el Registro Especial en Talento Humano de Salud— ReTHUS, incluida su especialización, si cuenta con ella, o por profesional que se encuentre prestando el servicio social obligatorio provisional, **y su presentación para validación en la EPS o entidad adaptada se realice dentro de los quince (15) días siguientes a su expedición, allegando con la solicitud, la epicrisis, si se trata de internación, o el resumen de la atención,** cuando corresponde a servicios de consulta externa o atención ambulatoria. Negrilla, cursiva y subrayado por fuera del texto original.*

En Sentencia T-224 de 2021 el Máximo Tribunal Constitucional sobre este tópico estableció:

99. En el caso de aquellas incapacidades y licencias que son expedidas por un médico no adscrito a la red de la EPS, el afiliado debe acudir a la EPS con el fin de transcribir sus incapacidades y la licencia para hacer efectivo el reconocimiento del auxilio económico derivado de la incapacidad. Aun cuando cada entidad de salud tiene su propia formalidad, en

los eventos de incapacidades y licencias de maternidad y paternidad se contempló la transcripción del certificado expedido por el médico²⁰.

5. Del Caso en concreto

Abordando el asunto en estudio, ha de decirse que de los anexos de la demanda de tutela, se observa que la señora KELLY JOHANNA JAIMES GALVIS, expone como situación generadora de vulneración de sus derechos fundamentales por parte de la EPS FAMISANAR, el no pago de tres (03) incapacidades médicas que le fue otorgadas por galenos de AXA COLPATRIA MEDICINA PREPAGADA con quien tiene contrato de prestación de servicios de salud.

A fin de dar solución al problema jurídico formulado, en primer lugar, ha de analizarse la excepcionalidad en la procedencia de la acción de tutela para el pago de incapacidades laborales, para lo cual debe traerse a colación lo expuesto por parte de la Corte Constitucional, en el sentido que: i) el pago de esta prestación social sustituye el salario del trabajador durante el tiempo que por razones médicas no le es posible desempeñar sus labores y aquella se presume es la única fuente de ingreso con que cuenta para garantizar su mínimo vital y el de su núcleo familiar, ii) el pago de las incapacidades originadas por enfermedad constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues gracias a éste puede recuperarse satisfactoriamente, sin que deba reincorporarse anticipadamente a sus actividades para obtener los recursos para su sostenimiento y el de su familia y iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que el trabajador reciba un tratamiento especial pues se encuentra en estado de debilidad manifiesta debido a la enfermedad que padece.

Pues bien de cara con lo expuesto, en el asunto que hoy ocupa la atención de este funcionario judicial, se observa que, se configura la presunción a la afectación al mínimo vital de la señora KELLY JOHANNA JAIMES GALVIS, ya que en el escrito de tutela, la accionante manifestó que, es madre de una niña menor de edad, que es separada y por ende madre cabeza de hogar, es decir, que es quien está a cargo de los gastos del hogar, por lo que en consideración a que no podía trabajar por la lesión que sufrió en su pie, el auxilio económico derivado de las incapacidades médicas que le otorgaron, representa el único sustento y manutención de su núcleo familiar, afirmación que no fue controvertida, ni por la parte accionada, ni por las vinculadas a la presente tutela, por lo que la cancelación inherente a dichas prestaciones se constituye en el único ingreso que puede percibir la señora JAIMES GALVIS, pues en dichos períodos no pudo laborar, pero aun así requiere solventar sus gastos y los de su hija.

Ante esta circunstancia opera la presunción de afectación al mínimo vital de la accionante y su familia, por lo que someterla a un proceso ante la jurisdicción ordinaria laboral, podría impedir la protección inmediata que requieren sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas, por esta razón, se amerita la intervención del juez constitucional.

Además de lo anterior, se advierte que desde que FAMISANAR EPS, negó a la

²⁰ Sentencia T-279 de 2012.

accionante el pago de las incapacidades, no trascurió un mes para que la actora instaurara la acción de tutela objeto de revisión, si en cuenta se tiene que el pago fue negado el 27 de Diciembre del año que terminó y la acción se incoó el 20 de Enero de los cursantes, por lo cual este término se considera razonable, en consecuencia, se cumple con el principio de inmediatez, por lo expuesto, es palmario predicar que se configura procedente la presente acción constitucional.

Ahora bien, establecido como quedó que en el presente caso la acción constitucional sí es procedente, pasa este fallador constitucional a establecer si la E.P.S. accionada, conculcó los derechos fundamentales de la accionante al negar el pago de las incapacidades que se le otorgaron a la tutelante, o dicho en otras palabras, si le asiste razón a la accionante cuando afirma que le fueron violentados sus derechos al mínimo vital, a la a la vida, a la salud y a la seguridad social, al negarse la EPS encartada a liquidar y pagar sus incapacidades.

Para ello, además de la situación fáctica que plantea el caso sometido a examen, se tendrán en cuenta el material probatorio que reposa en el expediente, el marco jurídico que ha de aplicarse al asunto que ocupa la atención de esta instancia, en concreto se detallaran los requisitos exigidos para el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas de origen común.

Al respecto las pruebas del expediente, especialmente los documentos obrantes en el archivo PDF No. 001DemandaTutelaAnexos del expediente digital, dan cuenta de que la tutelante se encuentra afiliada a FAMISANAR EPS y lo es como cotizante, también que estuvo incapacitada por enfermedad general o de origen común, del 12 al 19 de Septiembre del año 2022, del 18 de Septiembre al 7 de Octubre de 2022 y del 8 de Octubre al 6 de Noviembre del 2022.

De otro lado, durante el trámite correspondiente a esta acción constitucional, la EPS accionada se limitó a manifestar que pese a que efectuó consulta con el área encargada para conocer la suerte del trámite de las incapacidad, no obtuvo respuesta, sin embargo no negó que conocía de la existencia de las mismas, ni tampoco que hubiesen sido presentadas para su respectiva transcripción teniendo en cuenta que fueron expedidas por galenos a través de AXA COLPATRIA MEDICINA PREPAGADA, y menos aún allegó prueba de haberlas pagado, pero sí adjuntó una captura de pantalla, de información que mencionó extrajo del sistema, del que se extracta en lo concerniente a la incapacidad de 8 días que su pago se negó por cuanto no se registra autorización de la atención por parte de la EPS para la IPS que generó la incapacidad, en lo concerniente a la segunda por 20 días con fecha de inicio 20 de Septiembre del 2022, que la misma se encuentra pendiente de pago y para proceder con su cancelación se debe presentar certificación bancaria, y respecto de la tercera y última incapacidad de 30 días, que su pago también fue negado por documentos insuficientes, por resumen de historia clínica y epicrisis y que si la IPS no es adscrita, el usuario cuenta con 15 días para el trámite, frente a las manifestaciones realizadas por el accionado, ha de concluirse que al día de hoy ninguna de las tres incapacidades han sido sufragadas por FAMISANAR a la tutelante,

Pues bien, abordando el caso bajo estudio, y conforme a lo expuesto, ha de decirse desde ya que la señora KELLY JOHANNA JAIMES GALVIS, cumple con los

presupuestos generales establecidos en la normatividad vigente para el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas, pues en efecto, la accionante se encuentra afiliada en el régimen contributivo en calidad de cotizante a la EPS tutelada y ha realizado aportes al sistema de manera ininterrumpida desde el mes de Octubre de año 2013, según consulta que realizó el Juzgado de los períodos compensados en la página del ADRES- ver archivo PDF No. 006, además de lo anterior, se tiene certeza que la accionante solicitó la transcripción de sus incapacidades a FAMISANAR EPS, conforme se extracta de los documentos que allegó el 27 de Enero del corriente año y que obran en el archivo PDF No. 014 del expediente de la tutela, quedando en consecuencia analizar, cuáles de ellas pueden ser reconocidas y ordenadas cancelar mediante esta vía constitucional.

Continuando con el derrotero propuesto, ha de decirse que la petición de transcripción de las dos primeras incapacidades, por 8 y 20 días con fechas de inicio 12 de Septiembre y 18 de Septiembre de 2022, respectivamente, la elevó la accionante dentro del término que señala la ley debía hacerlo, esto es, dentro de los quince (15) días siguientes a la expedición de las mismas, por ende al cumplir con tal requisito y al existir dentro del expediente historia clínica y orden de incapacidad que sustentan las mismas, encuentra esta instancia, que se configura una conculcación a los derechos de la actora, ya que como se expuso, la accionante ha venido cotizando ante la EPS accionada, la eventualidad originante de la incapacidad se encuentra probada, la misma fue presentada para su transcripción, y el fundamento para negar su pago y que refiere a la primera incapacidad, al manifestar *“No registra autorización de la atención por parte de la EPS para la IPS que generó la incapacidad”*, no es sustento suficiente para su no reconocimiento y cancelación, si en cuenta se tiene que el mismo decreto 1427 de 2022, en su artículo 2.2.3.3.3., señala lo siguiente:

“La incapacidad expedida por el médico u odontólogo no adscrito a la red prestadora de servicios de salud de la entidad promotora de salud o entidad adaptada, será validada por la entidad a la cual se encuentra el afiliado el cotizante y pagada por esta, siempre y cuando sea expedida por profesional médico u odontólogo inscrito en el Registro Especial en Talento Humano de Salud –ReTHUS, incluida su especialización, si cuenta con ella (...) y su presentación para validación en la EPS o entidad adaptada se realice dentro de los quince (15) días siguientes a su expedición, allegando con la solicitud, la epicrisis, si se trata de internación, o el resumen de la atención, cuando corresponde a servicios de consulta externa o atención ambulatoria.

Cuando a juicio de la entidad promotora de salud o entidad adaptada, haya duda respecto de la incapacidad expedida por el médico u odontólogo no adscrito a su red, podrá someter a evaluación médica al afiliado por un profesional par, quien podrá desvirtuarla o aceptarla, sin perjuicio de la atención en salud que este requiera.

Transcurridos ocho (8) días hábiles sin que la EPS o entidad adaptada haya validado o sometido a evaluación médica al cotizante, estará obligada a reconocer y liquidar la incapacidad dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación del certificado de incapacidad expedido por el médico u odontólogo no adscrito a su red...”

Conforme a la anterior norma, es evidente, que la incapacidades a las que se ha venido haciendo referencia, esto es, por 8 y 20 días con fechas de inicio 12 de Septiembre y 18 de Septiembre de 2022, respectivamente deben ser reconocidas y pagadas por la EPS accionada, en la medida que es evidente, que su no cancelación conculca el derecho fundamental al mínimo vital de la actora, puesto que se reitera el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que se encuentre impedido para desempeñar sus labores, lo cual se presume en el presente asunto y no fue desvirtuado, aunado que como se adujo el argumento para su no pago, no se ajusta a los parámetros legales para tal fin, pues el decreto transcrito, determina la viabilidad del reconocimiento y cancelación de esta prestación cuando se expide la incapacidad por médico no adscrito a la red prestadora de salud de la Entidad de Salud como ocurre en el presente caso y no se encuentra demostrado por parte de la accionada alguna de las situaciones que exonerarían para su pago, como lo es, que el profesional médico que atendió a la actora no se encuentre inscrito en el Registro Especial en Talento Humano de Salud –ReTHUS, o que fue presentada fuera de los 15 días de su expedición, lo que ya fue analizado y no se configura, o que haya sido sometido la accionante a evaluación por parte de un médico para desvirtuar la misma, siendo así y no habiéndose configurado tales causales de exoneración, debe la EPS FAMISANAR reconocer y cancelar la prestación pretendida, pues es una de las consecuencia que establece igualmente la norma transcrita y partiendo del hecho, que tal conducta atenta en contra de los derechos fundamentales de la actora como ya quedó explicitado, pero ello claro esta tan solo en cuanto a las incapacidades ya anunciadas.

Ahora bien, en cuanto a la incapacidad otorgada en el lapso comprendido entre 8 de Octubre y finalización 6 de Noviembre de 2022, esto es, por 30 días, se advierte que no puede ser ordenada reconocer y cancelar mediante esta vía constitucional, si en cuenta se tiene que de conformidad con los soportes que allegó la actora, para demostrar que sí realizó la solicitud de transcripción de las incapacidades, la petición de transcripción respecto de ésta incapacidad la hizo el 3 de Noviembre del año pasado, mientras que la misma fue expedida desde el 8 de Octubre del 2022, esto es, por fuera del termino de 15 días establecido por la ley, además frente a esta última se aduce por parte de la EPS, que no se anexó la documental requerida para tal fin, ya que se insta a la accionante para que presente resumen de la historia clínica o epicrisis, siendo así, no es posible acceder a la pretensión de pago de dicha prestación, esto es, la acaecida entre el 08 de octubre al 06 de noviembre, ya que la acción de tutela no se encuentra diseñada, para soslayar aspectos administrativos, recordando que en casos como el estudiado, el actor, debe desplegar una serie de conductas para efectivizar su derecho, las cuales no se pueden subsanar mediante la presente acción cuando no se realizan, por tanto se negará tal pretensión y así se anunciará en la parte resolutive de esta decisión.

En consecuencia y toda vez que el impago de las incapacidades por parte de la mentada EPS, vulnera los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social y a la salud de la accionante, y el derecho fundamental a la subsistencia, se ordenará a FAMISANAR EPS que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda a realizar las gestiones administrativas tendientes al reconocimiento y pago de las incapacidades que le fueron expedidas a la señora KELLY JOHANNA JAIMES GALVIS, correspondientes a los periodos: 12 al 19 de Septiembre de 2022, y 20 de

Septiembre al 7 de Octubre de 2022, toda vez que al ser de origen común y que no superan los 180 días, corren a cargo de la EPS a la que está afiliada la accionante, pago que necesariamente deberá tener lugar o realizarse dentro de un término no superior a cinco (5) días contados a partir de la notificación de la presente providencia.

Ahora bien, en lo que concierne a la petición encaminada a que se le ordene a la entidad encartada, el pago de incapacidades que se sigan generando, la misma se negará ya que no se puede conceder el amparo ante la expectativa de que presuntamente la EPS vulnerará los derechos a la accionante, al no cancelarle incapacidades que ni tan siquiera le han sido otorgadas.

Finalmente, se ordenará la desvinculación de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES, así como de AXA COLPATRIA MEDICINA PREPAGADA, por no existir vulneración alguna por parte de esas entidades.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Veinticuatro Civil Municipal de Bucaramanga**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al mínimo vital de la señora **KELLY JOHANNA JAIMES GALVIS**, quien se identifica con cedula de ciudadanía 63.548.967, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a **FAMISANAR EPS** que si aún no lo ha hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de este proveído, realice las gestiones administrativas tendientes al reconocimiento conforme a la ley vigente y pago de las incapacidades que le fueron expedidas a la señora **KELLY JOHANNA JAIMES GALVIS** quien se identifica con cedula de ciudadanía 63.548.967, correspondientes a los periodos: 12 al 19 de Septiembre de 2022, y 20 de Septiembre al 7 de Octubre de 2022, cancelación que necesariamente deberá tener lugar o realizarse dentro de un término no superior a cinco (5) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, todo lo anterior según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: NEGAR la pretensión de ordenar a la entidad encartada, el pago de incapacidades que se sigan generando, y la causada en el período del 08 de octubre al 06 de noviembre de 2022, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: DESVINCULAR de la presente actuación a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES** y a **AXA COLPATRIA MEDICINA PREPAGADA**, por las consideraciones de este proveído.

QUINTO: Notifíquese esta providencia en la forma prevista en los Arts. 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5 del Decreto 306 de 1992.

SEXTO: Si no fuere impugnado el presente fallo, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, como lo ordena el Art. 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

Firmado Por:
Julian Ernesto Campos Duarte
Juez Municipal
Juzgado Municipal
Civil 024
Bucaramanga - Santander

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: **53477b67a54a5da59339d21d05abca4432a3a3eebacb9445abda6bcf40418789**

Documento generado en 03/02/2023 06:02:30 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>