

República de Colombia



Rama Judicial del Poder Público
**JUZGADO CINCUENTA Y CINCO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y
COMPETENCIA MÚLTIPLE (Antes JUZGADO SETENTA Y TRES CIVIL
MUNICIPAL DE BOGOTÁ)**

Bogotá D.C., Seis (06) de Octubre de dos mil veinte (2020)

Ref. Acción de Tutela No. 2020-0627 - Secuencia 42378

Cumplido el trámite de rigor, procede el despacho a resolver la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.- Fundamentos de la acción:

1.1.- El ciudadano BRAYAN STEVEN BOHÓRQUEZ RAMÍREZ, solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la *“igualdad en conexidad con los derechos a la dignidad humana, seguridad social y mínimo vital”*, los cuales consideró vulnerado por FAMISANAR E.P.S.

1.2.- Indicó el accionante que es trabajador de la empresa INSTITUTO DE HIGIENE AMBIENTAL I.H.A. S.A.S. y para el mes de mayo del año en curso fue enviado en comisión de trabajo a la ciudad de Gigante en el departamento de Huila, donde presentó síntomas de **COVID-19**, siendo incapacitado 14 días desde el día 14 a 27 de mayo de 2020.

1.3.- La atención en salud se la brindaron en la I.P.S. HOSPITAL SAN ANTONIO DE GIGANTE HUILA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, en donde el médico tratante expidió incapacidad desde el día 14 al 27 de mayo de 2020.

1.4.- Adujo que presentó solicitud de autorización de validación de las incapacidades y su pago, la cual la EPS accionada se negó, argumentando que la IPS que le prestó la atención, no estaba adscrita en su red de IPS.

2.- Petición de la parte accionante:

2.1.- Para el resarcimiento de los derechos que estimó afectados, el accionante requirió, se ordene a la convocada, el pago oportuno de la incapacidad médica generada desde el 14 de mayo al 27 de mayo de 2020.

3.- Trámite y respuesta de las convocadas:

3.1.- Por auto del 23 de septiembre de 2020, se admitió la solicitud de tutela, se ordenó la citación de la accionada (FAMISANAR E.P.S.) y se vinculó de manera oficiosa al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL – FOSYGA, SECRETARÍA DE SALUD DE BOGOTÁ (FONDO FINANCIERO SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD), SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, la ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, MINISTERIO DEL TRABAJO, INSTITUTO DE HIGIENE AMBIENTAL I.H.A. S.A.S., e I.P.S. HOSPITAL SAN ANTONIO DE GIGANTE HUILA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, otorgándoles el término de un (1) días para contestar la referida acción.

3.2.- La accionada **FAMISANAR E.P.S.**, adujo que consultada su base de datos, se constató que el accionante cuenta con 163 días de incapacidad generada desde el **06/07/2015 al 15/02/2019**, las cuales se encuentran pagadas, y que posterior al **15/02/2019** no existen incapacidades pendientes de pago. Manifestó que el pago de incapacidades de ninguna manera puede catalogarse como una violación a un derecho fundamental, por cuanto lo que se reclama por esta vía es un resarcimiento de tipo económico, el cual no se compadece ni con el espíritu y desarrollo que ha tenido la acción de tutela en el ordenamiento colombiano.

Sostuvo que el accionante no demostró la vulneración al mínimo vital, como tampoco allegó la documentación ni ningún medio probatorio que así lo indique.

Por lo tanto, la inactividad o la demora del accionante para ejercer las acciones ordinarias, cuando éstas proveen una protección eficaz, impide que resulte procedente la acción de tutela. Del mismo modo, manifestó que si se trata de la interposición tardía de la tutela, igualmente es aplicable el principio de inmediatez, según el cual la falta de ejercicio oportuno de los medios que la ley ofrece para el reconocimiento de sus derechos no puede alegarse para el beneficio propio del sujeto de la omisión o la tardanza, finalizó su intervención solicitando se declare la improcedencia de la acción de tutela por cuanto existe otro medio de defensa.

3.3.- **EL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** afirmó que dentro del marco de las competencias adjudicadas a esa entidad por el Decreto 4107 de 2011 modificado por el 2562 de 2012, su finalidad es la fijar la política en materia de salud y protección social, sin que dentro de ellas se encuentre la asunción de las prestaciones económicas derivadas de incapacidades médicas, las cuales en principio radica en cabeza de la E.P.S. y en favor de sus cotizantes no pensionado recordando así las competencias para tal finalidad claramente definidas en la Ley 100 de 1993 y además que la pérdida de la capacidad laboral solamente procede en el caso de que el

concepto de rehabilitación no sea favorable, por que aunado al origen de la patología siendo común, es obligación exclusiva de la E.P.S. en concordancia con el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 y 142 del Decreto Ley 019 de 2012. A su vez afirmó que en sus dependencias no se ha presentado petición alguna que se encuentre pendiente de ser resuelta o registro de queja alguna propuesta por el accionante y sobre la misma temática.

Sobre las incapacidades generadas por **COVID-19**, indicó que expidió a través de la Resolución 741 de 2020, mediante la cual se establece el reporte de información de las incapacidades de origen común por enfermedad general, incluidas las derivadas del diagnóstico confirmado por Coronavirus COVID- 19, la presente resolución tiene como objeto establecer la estructura, características, variables y plataforma para envió y demás aspectos relacionados con el reporte de información de las incapacidades asociadas a esta patología. Además que, estará a cargo de las Entidades Promotoras de Salud- Eps, de los regímenes Contributivo y Subsidiado reportar las incapacidades derivadas de enfermedades de origen común incluidas aquellas con diagnóstico confirmado por Coronavirus COVID -19, reconocido durante el año 2020, estableciendo fechas y periodos para que estas generen los reportes a este Ministerio mediante la plataforma de integración PISIS del portal del Sistema Integrado de Información de la Protección Social SISPRO, para que las EPS de juntos regímenes reporten la información.

3.4.- **La SECRETARÍA DE SALUD DE BOGOTÁ (FONDO FINANCIERO SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD)**, indicó que el accionante se encuentra activo como beneficiario en el régimen contributivo de la E.P.S. FAMISANAR, afirmó que atendiendo al régimen mediante el cual se le vinculó, lo exceptúa de las personas pobres o no aseguradas con derecho a los beneficios en salud conforme a la Ley 100 de 1993. Indicó que carece de legitimación por pasiva, radicando en cabeza de la E.P.S., quien tiene la responsabilidad de atender al accionante y cumplir con lo prescrito por el médico tratante con observancia de los parámetros de OPORTUNIDAD, CONTINUIDAD y CALIDAD, sin dilaciones o en detrimento de su salud, para garantizarle el principio de accesibilidad; no obstante, el tema prestacional del reconocimiento de incapacidades o es materia de sus competencias, por lo que no está legitimado en la causa por pasiva para atender sus pedimentos.

3.5.- **La SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** contestó que existe una falta de legitimación en la causa con su vinculación, por cuanto la presunta vulneración de los derechos no deviene de acción u omisión atribuible a esta entidad, estando la prestación de los servicios de salud en cabeza exclusiva de las Entidades Prestadoras de Salud; recordó igualmente el tratamiento de las incapacidades solicitadas por el accionante para su pago, el valor del reconocimiento, las entidades encargadas de su asunción, así como los trámites de calificación del grado y origen de la pérdida de la

capacidad laboral, el origen de la enfermedad y la competencia de las Juntas Regionales.

3.6.- La ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES informó que es la encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA y el Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud – FONSAET, los copagos generados por servicios no POS, los recaudados por la UGP y la DAFPS; con funciones claramente determinadas pero en ningún caso directo responsable de la prestación del servicio de salud.

Sobre el pago de incapacidades por COVID-19, adujo que con el fin de mitigar los efectos negativos del COVID-19, el Ministro de Salud y Protección Social, el Ministro del Trabajo y Director del Departamento Administrativo de La Función Pública expedieron la Circular 018 del 10 de marzo de 2020 mediante la cual establecieron las *“ACCIONES DE CONTENCIÓN ANTE EL COVID-19 Y LA PREVENCIÓN DE ENFERMEDADES ASOCIADAS AL PRIMER PICO EPIDEMIOLÓGICO DE ENFERMEDADES RESPIRATORIAS”*.

Conforme a la precitada circular, el Ministerio de Trabajo realizó las siguientes precisiones relacionadas con el pago de incapacidades:

“16. ¿La medida de aislamiento preventivo durante 14 días se considera una incapacidad?”

La medida de aislamiento preventivo no se considera incapacidad, por lo tanto, no incurre en pagos de prestaciones adicionales, los trabajadores que se encuentran bajo esta medida deberán en lo posible, estar bajo los lineamientos de los métodos de teletrabajo o trabajo remoto (en casa), previamente pactado con el empleador. Es importante aclarar que cada empleador es responsable de adoptar las acciones para el efecto y será responsabilidad del teletrabajador cumplir con esta medida con el fin de que sea efectiva, en términos de aislamiento social preventivo. Solicite asesoría gratuita sobre Teletrabajo en: www.teletrabajo.gov.co.

17. En caso de enfermedad confirmada de COVID-19, ¿quién asumirá el pago de las prestaciones económicas y asistenciales correspondientes?”

De acuerdo con la calificación de origen de la enfermedad, las prestaciones económicas y asistenciales deberán ser asumidas por la entidad correspondiente, según lo establecido en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012.”

3.7.-EL MINISTERIO DEL TRABAJO, indicó que no es el llamado a rendir informe sobre el particular, por tanto, debe ser desvinculado de la presente acción, ante la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Sobre el pago de incapacidades manifestó que Sobre la base de lo previsto en la Ley 1753 del 2015, el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común tiene actualmente las siguientes fases y encargados:

| Periodo | Entidad obligada | Fuente normativa |
|------------------------------------|--------------------|-------------------------------------|
| Día 1 a 2 | Empleador | Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013 |
| Día 3 a 180 | EPS | Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013 |
| Día 181 hasta un plazo de 540 días | Fondo de Pensiones | Artículo 52 de la Ley 962 de 2005 |
| Día 541 en adelante | EPS | Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 |

Consideró que el accionante dispone de los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos, medios judiciales y procesales ordinarios y apropiados, para resolver las controversias que se suscitan en las relaciones laborales, así se desprende de lo previsto por el Código Procesal del Trabajo, que en el artículo 1° determina los asuntos de que conoce la Jurisdicción Ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social.

Finalizó solicitando que se declare la improcedencia de la tutela respecto del Ministerio de Trabajo y en consecuencia exonerarlo de responsabilidad alguna, ya que carece de legitimación en la causa por pasiva.

3.8.- INSTITUTO DE HIGIENE AMBIENTAL I.H.A. S.A.S., manifestó no presentar oposición alguna, pero tal y como lo dispone el Decreto 2943 de 2013 en su artículo 1°, es a las EPS a quienes les corresponde el pago de las incapacidades médicas cuando estas superan los tres (3) días, sin que la empresa deba asumir dicha obligación, más que hacer los aportes correspondientes al sistema integral en salud.

3.9.- I.P.S. HOSPITAL SAN ANTONIO DE GIGANTE HUILA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, guardó silencio.

4. Problema Jurídico:

De acuerdo con el sustento fáctico expuesto por la parte accionante, el contenido de las respuestas brindadas y los anexos aportado dentro de la presente actuación, se hace necesario para la suscrita entrar a determinar, si en el *sub lite* se encuentra prueba de la vulneración o amenaza a los derechos invocados en el libelo gestor, por el no pago de la incapacidad médica emitida en favor del accionante; solo en caso afirmativo, determinar quién o quienes se encuentran en la obligación de cesar las conductas transgresoras y la forma de restablecimiento de los derechos fundamentales afectados.

II. CONSIDERACIONES

1.- En desarrollo del principio fundamental de nuestra Carta constitucional consistente en impulsar la dignificación del ser humano, se consagraron

constitucionalmente unas acciones que de una u otra manera propenden por la defensa de algunos derechos individuales de aspecto fundamental, entre las que se encuentra la tutela.

Esta acción es consagrada para que toda persona pueda acudir a un Juez, con el fin de que se le proteja su derecho ante una conducta de acción u omisión de autoridad, que vulnere o amenace un derecho fundamental individual y ante la situación de carencia de otro mecanismo judicial para la protección de esos derechos de que se trate.

Por lo tanto, es el artículo 86 de la Constitución Nacional, la que consagra tal acción, a la que tiene acceso cualquier persona, sin ningún distingo o calidad, con la única condición de ser la titular del derecho alegado como violado, o quien por su naturaleza tenga un interés directo o indirecto en la situación.

Y es que la acción de tutela, es un mecanismo que tiene toda persona, pero con la característica de ser eminentemente residual, esto es, que se trata de una acción que se tiene ante el evento de no contar con otro mecanismo idóneo para la defensa de los derechos fundamentales de que se trate. Esos requisitos deben estar presentes en su totalidad, y la ausencia de alguno de ellos hará impróspera la acción.

Respecto de la interposición de la acción de tutela como mecanismo transitorio, en el entendido que la parte accionante tenga vías alternas para la protección de sus derechos pero requiera de la protección constitucional por la gran probabilidad de que se cause un perjuicio irremediable a sus derechos fundamentales, la Corte Constitucional sostiene que en caso de utilizar la acción de tutela como medida transitoria, ciertos requisitos deben estar obligatoriamente presentes para que dé cabida al amparo constitucional a través de dicha acción, esto es, debe justificarse realmente que se acude a la tutela porque las circunstancias fácticas establecen, indiscutiblemente, la necesidad de amparar los derechos fundamentales de una persona para evitar un perjuicio irremediable.

Solo si se llega a demostrar tal perjuicio irremediable, se justifica amparar los derechos fundamentales por medio de la tutela, por lo que en caso de no demostrarse tal circunstancia, la persona deberá acudir a las instancias judiciales correspondientes¹. Es fundamental establecer ese perjuicio inminente a los derechos de los cuales se pretende su tutela, y determinar si la vulneración alegada requiere de la protección constitucional.

De acuerdo a lo ya decantado por la H. Corte Constitucional:

“...frente a la hipótesis del perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ha recalcado la necesidad de evaluar los siguientes rasgos

¹ Corte constitucional, Sentencia T-1316/01

(i) la inminencia, es decir, que la situación genera una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) la gravedad, esto es, que el daño o menoscabo material o moral sea de gran intensidad; (iii) la necesidad urgente de protección; y (iv) el carácter inaplazable de la acción de tutela para que realmente pueda garantizar el restablecimiento de los derechos fundamentales de manera integral.

Por lo expuesto, si el juez verifica que el accionante se encuentra en alguna de tales hipótesis, debe considerar que la acción de tutela procederá, “para remover los obstáculos que enfrentan quienes soportan circunstancias de debilidad manifiesta, reivindicar su derecho a la igualdad real y efectiva frente a quienes no padecen esas contingencias y materializar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad intrínsecos a la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, dentro del cual se inscribe el derecho a recibir oportunamente el pago de las incapacidades laborales...”².

2.- Caso concreto:

2.1.- Revisando el caso materia de estudio, observa este Despacho Judicial, que pretende el accionante obtener el pago de la incapacidad médica generada desde el **14 al 27 de mayo de 2020**, siendo diagnosticado con **COVID-19** (virus no identificado) y a quien dentro de la justificación expedida por el médico tratante le indica al paciente mantener aislamiento por 14 días, siendo ésta negada por FAMISANAR E.P.S. por cuanto fue generada por una IPS o médico no perteneciente a su red de prestadores de servicios, motivo por el que no se aprueba la transcripción de la incapacidad.

Conforme a ello es posible inferir que, si bien, en principio, se desprende que los inconvenientes aquí presentados entre el accionante y su accionada, compromete desde ya una pugna de orden legal, que debe ser dirimida por la justicia ordinaria con el pleno conocimiento probatorio que haya lugar; también debe tenerse en cuenta las circunstancias especiales que rodean el presente caso, pues tanto de los hechos como de los anexos se desprende que el diagnóstico emitido por el médico tratante del **HOSPITAL SAN ANTONIO DE GIGANTE, fue por COVID-19**.

Rememórese que la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD - OMS³, explicó que la COVID-19 “es la enfermedad infecciosa causada por el coronavirus que se ha descubierto más recientemente. Tanto este nuevo virus como la enfermedad que provoca eran desconocidos antes de que estallara el brote en Wuhan (China) en diciembre de 2019. Actualmente la COVID-19 es una pandemia que afecta a muchos países de todo el mundo”. Para el caso colombiano, el 17 de marzo de 2020, y mediante el Decreto 417, se declaró

² Sentencia T-144/16 de la Corte Constitucional.

³ https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses?gclid=EAIaIQobChMI3byF4aaf7AIVEI_ICh3sCwF_EAAYASAAEgLn2fD_BwE

el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional.

La misma OMS, en su página oficial, consideró que el asilamiento deben adoptarlo personas con síntomas de COVID-19 para **evitar infectar a otras personas**. El aislamiento se produce cuando una persona que tiene fiebre, tos u otros síntomas de COVID-19 **se queda en casa y no va al trabajo**, a la escuela o a lugares públicos.

La negación de la EPS, radicó en que “... *la incapacidad presentada ha sido generada por una IPS o Médico no perteneciente a la red de la EPS FAMISANAR, y se relaciona con un servicio en el cual no medió orientación, ni autorización de la EPS. Por lo expuesto se decide NO APROBAR la solicitud de transcripción de incapacidad.; F 871733.*”, situación que lleva a considerar al Despacho que si bien, en principio se excusa el actuar del paciente por el hecho de acudir al centro de salud más cercano, véase que de la documental allegada, no se logra extractar que el diagnóstico hubiera CONFIRMADO COMO POSITIVO para COVID-19.

Incluso, tal y como lo expuso la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, no se plasmó con certeza el diagnóstico de manera positiva, por lo que la sola sospecha obliga al paciente a aislarse, en el mismo aislamiento debe propenderse por el trabajo en casa, tal y como a bien tuvo en citarlo la referida entidad, cuyo aislamiento de 14 días “... **no se considera incapacidad, por lo tanto, no incurre en pagos de prestaciones adicionales**, los trabajadores que se encuentran bajo esta medida deberán en lo posible, estar bajo los lineamientos de los métodos de teletrabajo o trabajo remoto (en casa), previamente pactado con el empleador. Es importante aclarar que cada empleador es responsable de adoptar las acciones para el efecto y será responsabilidad del teletrabajador cumplir con esta medida con el fin de que sea efectiva, en términos de aislamiento social preventivo...”, por lo tanto, era el empleador del aquí accionante el que debía asumir la carga, fuera del pago de los 14 días por el aislamiento o tomar las medidas pertinentes para salvaguardar la salud e integridad de su empleado disponiendo de lo necesario para que adelantara el teletrabajo.

Superado lo anterior, véase que le asiste razón a la E.P.S. en negar la prestación reclamada, sin que ello obste para que el accionante adelante las acciones legales que estime pertinentes ante la jurisdicción ordinaria, pues la acción de tutela, como es sabido, no es el medio idóneo para el reclamo de prestaciones económicas, máxime que no se encuentra configurado la existencia de un perjuicio irremediable, así como tampoco demostró el accionante ser un sujeto de especial protección constitucional y menos que en esos 14 días de aislamiento preventivo no hubiese trabajado o que su empleador le hubiera descontado de su salario por la incapacidad generada, como tampoco allegó la prueba del diagnóstico confirmado como POSITIVO.

Por lo anterior, es que esta dependencia denegará la acción de tutela impetrada.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Juzgado Cincuenta y Cinco de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá (Antes Juzgado 73 Civil Municipal), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

IV. RESUELVE

Primero: DENEGAR el amparo constitucional solicitado, conforme lo expuesto en la parte motiva.

Segundo: NOTIFÍQUESE la presente decisión a los interesados por el medio más expedito.

Tercero: En caso de no ser impugnado el presente fallo envíese el expediente a la honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE,

**MARTHA INÉS MUÑOZ RODRÍGUEZ
JUEZ**

Firmado Por:

**MARTHA INES MUNOZ RODRIGUEZ
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 073 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.**

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:

**20b13bbe645f624e8df0d755aea279d9024b04425dc24f2b93be6c82bd
2f8b48**

Documento generado en 06/10/2020 01:23:41 p.m.