



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

Juez: Luz Angela Corredor Collazos
Radicación: 110014009023202200173
Accionante: Derly Judith Benavides Serrano
Accionado: Salud Total EPS
Motivo: Acción de tutela 1° instancia
Decisión: Hecho superado.

Bogotá D. C., doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

1. ASUNTO

El Juzgado Veintitrés (23) Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., decide sobre la acción de tutela instaurada por DERLY JUDITH BENAVIDES SERRANO, en protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, vida, salud y dignidad humana, cuya vulneración le atribuye a SALUD TOTAL EPS.

2. HECHOS

Indica la demandante que fue diagnosticada con cáncer en el recto, a raíz de lo cual le colocaron una bolsa de colostomía, siendo retirada la misma el 10 de agosto de 2022, por medio de un procedimiento quirúrgico efectuado en la Clínica los Nogales, en razón a ello, le otorgaron 3 incapacidades de origen común comprendidas entre el 10 de agosto al 07 de noviembre del 2022.

Agrego que, ante esta situación, el 14 de octubre de 2022 radico por primera vez las incapacidades para solicitar el pago de las mismas, sin obtener respuesta alguna, debido a ello, el 04 de noviembre de los corrientes radico nuevamente las incapacidades, respondiéndole que las mismas se encuentran en auditoria

En consecuencia, solicita la protección de los derechos fundamentales invocados, y se ordene el pago de las incapacidades de los meses de agosto, septiembre y octubre de 2022.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. Mediante auto del 30 de noviembre de 2022, el Despacho avocó el conocimiento de la presente acción constitucional, disponiendo correr traslado de la misma a la accionada SALUD TOTAL EPS, vinculadas MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, MINISTERIO DE TRABAJO, SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD, SUPER INTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y a la CLÍNICA LOS NOGALES, para que en el término improrrogable de un (1) día contado a partir del recibido de la respectiva notificación, se pronunciaran y allegaran los documentos que consideraran pertinentes¹.

3.2. La Gerente de SALUD TOTAL EPS, informo que se liquidó y pago el periodo de incapacidad de agosto, septiembre y octubre. Concluyendo que ante el efectivo cumplimiento, solicita declarar la carencia del objeto actual por hecho superado, al cancelar los conceptos de incapacidad otorgados a la accionante.

3.3. La Asesora de la oficina jurídica del MINISTERIO DEL TRABAJO, solicito la desvinculación de la entidad por falta de legitimación en la causa por pasiva y ausencia de responsabilidad imputable del ente ministerial.

Pese a firmar no ser el responsable, indico que toda enfermedad o patología, accidente o muerte, que no haya sido clasificado como de origen profesional, se considera de origen común, siendo la entidad promotora de salud la encargada de cancelar las incapacidades por

¹ Ver archivo 005 en cuaderno digital.



los primeros 180 días, trascurrido este término, dicho pago se encuentra a cargo del Fondo de Pensiones al cual se encuentra afiliado el trabajador.

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

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

3.5. En su oportunidad, la Subdirectora Técnica de la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, indico que las incapacidades deben contar con un concepto medico previo acreditando las mismas.

Agrega que el pago de incapacidades de origen común es responsabilidad de las entidades promotoras de salud (EPS) hasta el día 180, el cual deberá cancelar las 2/3 partes del salario durante los 90 días y mitad del salario por el tiempo restante, teniendo en cuenta que el auxilio no sea inferior al salario mínimo legal vigente, conforme con el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo.

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

3.6. La Jefe de la Oficina Jurídica de la SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD, manifestó que no vulnero derecho fundamental alguno en contra de la accionante, pues la obligación y responsabilidad de pagar incapacidades no recae en su representada, conforme con el Decreto 2943 de 2013, Ley 962 de 2015 y la Ley 1753 de 2015, en base a ello solicito desvincularla del presente tramite constitucional por falta de legitimación en la causa por pasiva y exonerarla de cualquier responsabilidad que se pueda endilgar.

3.7. El Representante Legal Suplente de la CLINICA NOGALES IPS, señalo que las pretensiones salen completamente de las competencias de la clínica vinculada, en razón a ello, solicito la desvinculación de su representada ante la inexistencia de legitimación en la causa por pasiva. Refirió que el pago de incapacidades corresponde a las EPS o ARL, dependiendo del tiempo de incapacidad causado al beneficiario.

3.8. Atendiendo a la respuesta emitida por la EPS accionada, se procedió a contactar telefónicamente a la señora DERLY JUDITH BENAVIDES SERRANO, quien corroboró al Despacho, haber recibido los conceptos de indemnización por parte de SALUD TOTAL EPS.

4. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia

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

4.2. Naturaleza de la acción de tutela

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



cuando aquellos resultan vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares.

4.3. Problema jurídico a resolver

Se trata de establecer a la luz de los preceptos legales y constitucionales, si SALUD TOTAL EPS, vulnero o amenaza con vulnerar el derecho fundamental invocados por DERLY JUDITH BENAVIDES SERRANO, al no cancelarle el concepto de incapacidad de agosto, septiembre y octubre de 2022.

5. DEL CASO EN CONCRETO

Sea lo primero señalar que conforme lo establece el artículo 86² de la Carta Política, la acción de tutela es un mecanismo constitucional de carácter residual, preferente y sumario, cuyo objeto es la protección judicial inmediata de los derechos fundamentales de la persona que lo solicita directa o indirectamente, con ocasión de la vulneración o amenaza que sobre estos se ha causado por autoridades públicas o excepcionalmente por particulares; siendo un recurso que se encuentra supeditado a los requisitos de legitimidad por activa y pasiva, de inmediatez y subsidiariedad.

Para el caso en conocimiento del Despacho, se acreditó la legitimación tanto por pasiva como por activa. En el entendido que, es la señora DERLY JUDITH BENAVIDES SERRANO, quien acude al amparo constitucional en protección de sus derechos fundamentales, es decir se cumple con los presupuestos del art. 10 del Decreto 2591 de 1991; al igual que SALUD TOTAL EPS, para ser objeto pasivo de la tutela, por cuanto se trata una entidad incluida en el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1983 de 2017³, respecto de la cual la accionante se encuentra en una situación de subordinación.

Adicionalmente, se vislumbra satisfecho el *requisito de inmediatez* por cuanto la acción de tutela se interpuso en un tiempo prudencial, dado que, entre la actuación presuntamente vulneradora de los derechos de la señora BENAVIDES SERRANO, esto es la omisión del pago de las incapacidades de agosto, septiembre y octubre, se presenta un retraso en la cancelación de los mismos hasta la fecha.

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

Al respecto, se vislumbra que la señora BENAVIDES SERRANO se encuentra en una condición de debilidad manifiesta al momento de presentar la acción constitucional y, por lo tanto, se halla en riesgo de sufrir un perjuicio irremediable. Ello en el entendido que, fue diagnosticada con cáncer en el recto, aunado a que durante el tratamiento de dicha enfermedad le otorgaron tres meses de incapacidad, situación que se acompaña con ser el único sustento económico de su núcleo familiar, siendo esas condiciones de vulnerabilidad que originan la intervención del juez constitucional de forma inmediata, máxime cuando no se avizora la presencia de ningún mecanismo judicial con la *idoneidad y eficacia* requerida para evitar el desamparo de sus derechos fundamentales o la irreparabilidad *in natura* de las consecuencias que conllevan la falta de su mínimo vital.

² **ARTICULO 86.** Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

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

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

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

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

³ No. 1° del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1983 de 2017



En cuando al derecho fundamental a la seguridad social, este es irrenunciable y un servicio público en cabeza del Estado, protege diferentes ámbitos en la vida laboral de los trabajadores, siendo este definido por la H. Corte Constitucional, como:

“conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano”⁴

Así mismo, la jurisprudencia de la Alta Corporación Constitucional estableció la finalidad del derecho a la seguridad social, esbozando:

“necesaria correspondencia con los fines esenciales del Estado social de derecho como el servir a la comunidad; promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales; promover las condiciones para una igualdad real y efectiva; adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados; proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta; y reconocer sin discriminación alguna de la primacía de los derechos inalienables de la persona como sujeto, razón de ser y fin último del poder político, donde el gasto público social tiene prioridad sobre cualquier otra asignación”⁵

Aunado a esto, es necesario destacar que el concepto del derecho fundamental a la seguridad social, *hace* referencia a la totalidad de las medidas que propenden por el bienestar de la población en lo relacionado con la protección y cobertura de unas necesidades que han sido socialmente reconocidas; por ello, con respecto al contenido de este especial derecho, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 19 destacó que:

“El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo”⁶

En materia de incapacidades de origen común, conforme con el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013, el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 y el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, el reconocimiento de las prestaciones asistenciales en mención deben ser asumidos por distintas entidades del Sistema General de Seguridad Social, a saber i) las incapacidades del día 1 y 2 están a cargo del empleador; ii) luego de este periodo, a partir del día 3 hasta el 180, el pago le corresponde a la EPS del beneficiario; iii) entre el día 181 al 540, el fondo de pensiones es el responsable de sufragar el concepto de incapacidad, siempre que la EPS haya remitido al mismo el concepto de rehabilitación, en caso de no hacerlo, le corresponde el reconocimiento a la EPS; iv) de los 541 idas en adelante, el rubro de las incapacidades estará a cargo de la EPS.

De ese modo, de los medios de prueba aportados al expediente de tutela, para el despacho está probado que a la señora DERLY JUDITH BENAVIDES SERRANO le practicaron el procedimiento quirúrgico de *colostomía*, razón por la cual, le otorgaron tres incapacidades en diferentes periodos, la primera del 10 de agosto al 08 de septiembre de 2022, prorrogada hasta el 08 octubre de 2022, prorrogada por segunda vez, hasta el 07 de noviembre de 2022, sin que superar los 180 días de incapacidad a cargo de la EPS accionada, la cual a la fecha de la interposición de la acción de tutela no sufrago los concepto de incapacidad ordenados a la accionante.

Ahora bien, ha indicado la Corte Constitucional que el fenómeno jurídico de la *carencia actual de objeto* tiene ocurrencia cuando un hecho sobreviviente a la petición de amparo

⁴ Sentencia T-036 de 2017, reiterada en la sentencia T-043 de 2019 de la Corte Constitucional.

⁵ Sentencia T-628 de 2007 de la Corte Constitucional

⁶ Observación General No. 19, introducción, numeral 2 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.



satisface o desaparece la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados por el demandante⁷. Por consiguiente, la decisión que pueda adoptar el juez respecto del caso específico resultaría, a todas luces, inocua y contraria al objetivo de protección previsto para el amparo constitucional⁸.

En este supuesto, ha establecido la jurisprudencia de la corte constitucional, que no es perentorio incluir en el fallo un análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales cuya protección se demanda, salvo *“si considera que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, ya sea para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que origino la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes, si así lo considera. De otro lado, lo que si resulta ineludible en estos casos, es que la providencia judicial incluya la demostración de la reparación del derecho antes del momento del fallo. Esto es, que se demuestre el hecho superado”*⁹

Para establecer la ocurrencia de un hecho superado, en la Sentencia T-045 de 2008, la Corte Constitucional estableció los siguientes criterios:

1. *Que con anterioridad a la interposición de la acción exista un hecho o se carezca de una determinada prestación que viole o amenace violar un derecho fundamental del accionante o de aquél en cuyo favor se actúa.*
2. *Que durante el trámite de la acción de tutela el hecho que dio origen a la acción que generó la vulneración o amenaza haya cesado.*
3. *Si lo que se pretende por medio de la acción de tutela es el suministro de una prestación y, dentro del trámite de dicha acción se satisface ésta, también se puede considerar que existe un hecho superado.”*

Bajo esas consideraciones, no hay duda sobre el hecho que amenazo y vulnero el derecho de la señora BENAVIDES SERRANO, por parte de SALUD TOTAL EPS; así mismo, se acredita que se procedió a desplegar la acción conducente para cancelarle los tres periodos de incapacidad adeudados, esto son de agosto, septiembre y octubre de 2022, situación que se evidencia en el reporte allegado por la EPS accionada y en la constancia de comunicación con la accionante, advirtiendo así que en efecto el objeto de la presente acción constitucional ha sido satisfecho.

De cara a lo anterior, la H. Corte Constitucional, reitero que cuando hay carencia del objeto, la protección a través de la tutela pierde sentido y, en consecuencia, el juez de tutela queda imposibilitado para emitir orden alguna sobre la protección del derecho fundamental invocado¹⁰, por lo cual, en estos eventos no hay lugar a un pronunciamiento de fondo sobre la controversia planteado al satisfacerse aquello pretendido con la acción constitucional previo a emitir la orden judicial correspondiente.

En contera, al acreditarse como cumplido el fin perseguido con la acción de tutela, es claro que, en este asunto, se configura el fenómeno jurídico del hecho superado. Por consiguiente, el Despacho procederá a declarar la carencia actual del objeto por hecho superado.

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

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR la carencia actual de objeto por hecho superado, de la acción de tutela promovida por **DERLY JUDITH BENAVIDES SERRANO**, por los motivos expuestos en las consideraciones de la presente decisión.

SEGUNDO. COMUNÍQUESE a los interesados que contra la presente decisión procede la **IMPUGNACIÓN** ante el inmediato superior dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la misma, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato, conforme lo

⁷ Sentencia T-085 de 2018 de la Corte Constitucional

⁸ Sentencia T-678 de 2011 de la Corte Constitucional

⁹ Sentencia T-685 de 2010 de la Corte Constitucional

¹⁰ Sentencia T-146 de 2012 de la Corte Constitucional



preceptúa el inciso primero (1º) del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

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

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

Notifíquese y Cúmplase.

Firmado Por:
Luz Angela Corredor Collazos
Juez
Juzgado Municipal
Penal 023 De Conocimiento
Bogotá, D.C. - 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: **dc6c15088fc3cbaffdfc33686727aa42d60a00b729209fdcf0b02370b1ce1c8**

Documento generado en 12/12/2022 04:17:48 PM

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