



**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: **110014009023202200188**
Accionante: Marco Aurelio Ospina Góngora
Accionado: Famisanar EPS
Motivo: Acción de tutela 1° instancia
Decisión: Tutela

Bogotá D. C., dos (02) de enero de dos mil veintitrés (2023).

1. ASUNTO

El Juzgado Veintitrés (23) Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., decide sobre la acción de tutela instaurada por MARCO AURELIO OSPINA GÓNGORA, en protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida, salud y petición, cuya vulneración le atribuye a FAMISANAR EPS.

2. HECHOS

Indica el demandante que fue diagnosticado con fractura de columna, en razón a ello le ordenaron los siguientes periodos de incapacidad: i) del 09 de junio al 08 de julio de 2022, emitida por ILANS (Clínica del dolor); ii) 23 de julio al 21 de agosto de 2022, ordenada por Electrofisiatras S.A.S.; iii) 22 de agosto al 05 de septiembre de 2022, expedida por Famisanar EPS; iv) 07 de septiembre al 06 de octubre de 2022, emitidas por ILANS (Clínica del dolor); v) 06 al 20 de octubre de 2022, ordenada por Famisanar EPS; vi) 18 de octubre al 16 de noviembre de 2022, ordenada por Zarenia S.A.S.

Refiere que a la fecha, la EPS accionada no le ha cancelado el concepto de las incapacidades, al omitir subirlas al sistema por parte de la Clínica Marly, a pesar de haber radicado varios derecho de petición al respecto.

En consecuencia, solicita la protección de los derechos fundamentales invocados, y se ordene a la entidad promotora de salud sufragar el rubro de las incapacidades.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. Mediante auto del 22 de noviembre de 2022, el Despacho avocó el conocimiento de la presente acción constitucional, disponiendo correr traslado de la misma a la accionada FAMISANAR EPS, y vinculadas MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, MINISTERIO DE TRABAJO, SUPER INTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, ILANS, ELECTROFISIATRAS, ZERENIA y a la CLINICA MARLY, 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 consideran pertinentes¹.

3.2. El Director de Operaciones Comerciales de FAMISANAR EPS, en respuesta, señaló que el accionante cuenta con 243 días de incapacidad continua del 25 de febrero de 2022 al 30 de diciembre de 2022, cumpliendo los 180 días el 21 de octubre de 2022, termino a partir del cual debe empezar a cancelar dicho concepto el Fondo de Pensiones.

Precisa que no es la responsable de asumir las pretensiones aducidas, pues su pago le corresponde al fondo de pensiones del accionante, debido a que el periodo continuo de incapacidad reclamado es superior al día 180, razón por la cual, la acción de amparo no está llamada a prosperar.

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.

¹ Ver archivo 005 en cuaderno digital.



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 de acuerdo con el artículo 28 del Decreto 806 de 1998; agrega que la incapacidad de origen común es responsabilidad de las entidades promotoras de salud por los primeros 180 días, superior a este término, dicho pago corre a cargo de la Administradora de Fondos y Pensiones al cual se encuentra afiliado el trabajador, conforme con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012.

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 SUPER INTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, indico que el demandante se encuentra afiliado en salud a FAMISANAR EPS en calidad de cotizante; respecto a las incapacidades laborales, preciso que debe existir un concepto médico previo acreditando las mismas.

Agrega que las incapacidades de origen común estarán a cargo del empleador entre el día 1 y 2, transcurrido este término, entre el día 3 al 180 será responsable de sufragarlas la EPS, y desde el día 180 al 540 deberán ser canceladas por el Fondo de Pensiones.

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. El Gerente de la CLINICA MARLY S.A., informo que en el sistema no se evidencia ninguna atención prestada al accionante. Aclara que no tiene ninguna relación contractual con Famisanar EPS.

3.7. Mediante auto del 27 de diciembre de 2022, se vinculó al FONDO DE PENSIONES COLPENSIONES, para que en el término improrrogable de tres (3) horas contado a partir del recibo de la respectiva notificación, se pronunciara y allegara los documentos que considerara pertinentes.²

3.8. En el término otorgados por este Despacho, la Directora de Acciones Constitucionales de COLPENSIONES, señaló que el accionante no ha elevado solicitud de reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad ante Colpensiones, por lo que no es factible realizar de oficio este trámite por la entidad, considerado que se requiere la participación efectiva del afiliado en el trámite de la solicitud del concepto de incapacidad ante la entidad, o en su defecto por un tercero autorizado por el mismo, demostrando los periodos pendiente, informando los datos para el correspondiente pago y cumpliendo con certificados de incapacidad junto con las exigencias del Decreto 1427 de 2022

Socavo que la acción constitucional se torna improcedente al existir otro mecanismo para la discusión del derecho económico, esto es ante la Jurisdicción Laboral.

3.9. Finalmente, ILANS, ELECTROFISIATRAS, ZERENIA pese a ser notificadas del presente trámite constitucional, se abstuvieron de emitir respuesta, razón por la cual, se dará aplicación al artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

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

² Ver archivo 020 en cuaderno digital.



como con el numeral 1° 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 FAMISANAR EPS, vulnero o amenaza con vulnerar los derechos fundamentales invocados por MARCO AURELIO OSPINA GÓNGORA, al no cancelar el rubro de las incapacidades ordenadas desde junio hasta octubre de 2022.

5. DEL CASO EN CONCRETO

Sea lo primero señalar que conforme lo establece el artículo 86³ 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 el señor MARCO AURELIO OSPINA GÓNGORA, 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 FAMISANAR EPS., para ser objetos pasivos de la tutela, por cuanto se trata de entidades incluidas en el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1983 de 2017⁴, respecto de las cuales el 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 del señor OSPINA GÓNGORA, esto es la omisión del pago de las incapacidades de junio hasta octubre de 2022, presentándose un retraso en cancelar 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.

³ **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.

⁴ No. 1° del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1983 de 2017



Al respecto, se vislumbra que la señor OSPINA GÓNGORA 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 diagnosticado *fractura de columna*, aunado a que no cuenta con solvencia económica para suplir sus necesidades básicas, 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.

En ese entendido, la acción de tutela es procedente para conocer de las pretensiones formuladas por el accionante, teniendo en cuenta que, de las pruebas aportadas, se establece que las incapacidades generadas con ocasión a su patología se constituyen como su única fuente de ingresos, por lo que, de no estudiarse se generaría una amenazada a su derecho fundamental al mínimo vital.

Así las cosas, el 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”⁵

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”⁶

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”⁷

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 1º y 2º están a cargo del empleador; ii) luego de este periodo, a partir del día 3º 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

⁵ Sentencia T-036 de 2017, reiterada en la sentencia T-043 de 2019 de la Corte Constitucional.

⁶ Sentencia T-628 de 2007 de la Corte Constitucional

⁷ Observación General No. 19, introducción, numeral 2 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.



corresponde el reconocimiento a la EPS; iv) de los 541 días 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 al señor MARCO AURELIO OSPINA GÓNGORA le otorgaron cinco incapacidades por médico tratante, en los siguientes periodos:

No. Incapacidad	Fecha de inicio	Fecha de finalización
351418	09/06/2022	08/07/2022
184880	23/07/2022	21/08/2022
3311956	22/08/2022	05/09/2022
278914	07/09/2022	06/10/2022
3345177	06/10/2022	20/10/2022
13114	18/10/2022	16/11/2022
2140107	17/11/2022	01/12/2022

Si bien, el accionado FAMISANAR EPS le reconoció y cancelo las incapacidades de febrero a marzo, marzo a abril, abril a mayo y mayo a junio, al señor MARCO AURELIO OSPINA GÓNGORA, omitió sufragar dicho rubro durante el periodo completo de los 180 días, puesto que no pago las incapacidades del 09 de junio al 08 de julio de 2022 y del 23 de julio al 21 de agosto de 2022, para así, completar dicho termino dispuesto por el ordenamiento jurídico.

Al margen de esto, es claro que le corresponden solventar a COLPENSIONES las incapacidades superiores a los 181 días ordenados por el médico tratante, no obstante, no es factible atribuirle el no pago de las mismas al Fondo de Pensiones referido, en razón que el accionante **no solicitó el reconocimiento** y pago de los periodos de incapacidad restantes, al no completarse el periodo de los 180 días necesarios para certificar la fecha de inicio y finalización de la prestación asistencial, documentación exigida para el reconocimiento y pago de las incapacidades de origen común por parte del Fondo de Pensiones, conforme con el artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 1427 de 2022; por tanto, el Despacho no procederá a su tutela respecto a las incapacidades posteriores al 21 de agosto de 2022 y se le advierte al Actor que debe proceder de conformidad.

Bajo estas consideraciones, es claro que existe una vulneración a los derechos fundamentales del accionante, en cuanto FAMISANAR EPS ha omitido su deber legal de continuar cancelando las incapacidades expedidas a favor de MARCO AURELIO OSPINA GÓNGORA, por lo que, no evidencia este Despacho opción diferente que disponer la tutela de los derechos fundamentales en cita, en consecuencia, se le ordena a FAMISANAR EPS proceda al reconocimiento de las prestaciones asistenciales generadas a su favor del 09 de junio al 08 de julio de 2022 y del 23 de julio al 21 de agosto de 2022.

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. TUTELAR los derechos fundamentales deprecados por **MARCO AURELIO OSPINA GÓNGORA**, por los motivos expuestos en las consideraciones de la presente decisión, en consecuencia, **ORDENAR** a **FAMISANAR EPS** que en el **TÉRMINO IMPROPRORROGABLE DE CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** siguientes a la notificación de esta decisión, proceda a sufragar las prestaciones asistenciales generadas del 09 de junio al 08 de julio de 2022 y del 23 de julio al 21 de agosto de 2022, a favor de **MARCO AURELIO OSPINA GÓNGORA**.

SEGUNDO. NO TUTELAR los derechos fundamentales a favor de **MARCO AURELIO OSPINA GÓNGORA** dentro de la presente acción de tutela en lo relacionado con el



reconocimiento de pago de las incapacidades del 22 de agosto al 05 de septiembre de 2022, 07 de septiembre al 06 de octubre de 2022, 06 de octubre al 20 de octubre de 2022, 18 de octubre al 16 de noviembre de 2022 y del 17 de noviembre al 01 de diciembre de 2022, conforme a las consideraciones precedidas.

TERCERO. DESVINCULAR al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, MINISTERIO DE TRABAJO y a la SUPER INTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, por falta de legitimación en la causa por pasiva en el presente caso.

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

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

SEXTO. 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.

LUZ ANGELA CORREDOR COLLAZOS

Juez

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: **a321cb9b0bba2e05dbcf9e7a6091b84282547bdf89d4e37f2fa25d06d700fe78**

Documento generado en 02/01/2023 01:29:46 PM

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