



REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTISÉIS (26) PENAL MUNICIPAL DE BOGOTÁ CON FUNCIÓN
DE CONOCIMIENTO

Radicación: 11001 4009 026 2022- 005
Referencia: Tutela de primera instancia.
Accionante: Juan Sebastián Gutiérrez Ospina
Accionado(s): Sanitas EPS
Decisión: Ampara derecho
Fecha: veinticinco (25) de enero de dos mil veintidós (2022)

1. ASUNTO A TRATAR

Procede el despacho a emitir el fallo que en derecho corresponda dentro de la acción de tutela promovida por el ciudadano **Juan Sebastián Gutiérrez Ospina**, en contra de la entidad promotora de servicios de Salud **Sanitas EPS**.

2. PRETENSIONES DEL ACCIONANTE

Solicita a esta judicatura se decrete la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social del cual considera es titular y que, como consecuencia de esto, se ordene en su favor lo siguiente:

“(...) De la manera más respetuosa solicito señor Juez que mediante Sentencia de Tutela se protejan mis derechos fundamentales a la seguridad social y el disfrute del mínimo vital, ordenándose a SANITAS EPS, que se autorice y cancele las incapacidades expedidas por esta:

FECHA DE INICIO INCAPACIDAD	FECHA FINAL INCAPACIDAD	NÚMERO DE DÍAS
27/08/2021	5/09/2021	10

3. FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN





Refiere en esencia el accionante que se encuentra afiliado al sistema de seguridad social en salud a través de la entidad promotora de servicios de salud **Sanitas EPS** – régimen contributivo, en donde le fueron concedidas unas incapacidades con ocasión de un accidente de fractura de tibia y peroné. Incapacidades que comprendieron el siguiente periodo:

FECHA DE INICIO INCAPACIDAD	FECHA FINAL INCAPACIDAD	NÚMERO DE DÍAS
27/08/2021	5/09/2021	10

Indicó que, pese a que a la fecha se encuentra al día con el pago al sistema de seguridad social en salud, la mencionada accionada, no ha realizado el pago de las incapacidades antes relacionadas, siendo estos los motivos por los que solicita la protección constitucional.

4. ACTUACIÓN PROCESAL

El día 11 de enero de la presente anualidad 2022, este Despacho judicial avocó el conocimiento de la acción constitucional impetrada por el señor **Juan Sebastián Gutiérrez Ospina**, por lo que se dispuso correr traslado de la presente acción al representante legal de la entidad **Sanitas EPS**, para que en el término de doce (12) horas contadas a partir de la notificación se pronunciara frente a los hechos y pretensiones contenidas en el libelo de la tutela, esto con el fin de integrar en debida forma el contradictorio y garantizarle el derecho de contradicción y defensa.

5. RESPUESTA DE LAS ENTIDAD ACCIONADA Y VINCULADA

- **Sanitas EPS**

En el término del traslado esta entidad informó que el señor **Juan Sebastián Gutiérrez Ospina**, se encuentra afiliado al Sistema de Salud a través de la EPS Sanitas S.A.S., en calidad de Cotizante dependiente.

En cuanto a los hechos de la tutela Juan Sebastián Gutiérrez dependiente del empleador transportadora Cali SAS presenta incapacidades de la siguiente manera:





Número de Incapacidad	Origen	Fecha de Inicio	Fecha Fin	Dígn.	Días	Días Acumulados	ABC	Valor Autorizado	Estado
56813482	General	21/02/2021	02/03/2021	S531	10	10	\$ 877.803	\$ 234.081	LIQUIDADA
57101799	General	10/03/2021	08/04/2021	S824	30	30	\$ 908.526	\$ 847.958	LIQUIDADA
57101816	General	12/04/2021	09/05/2021	S822	28	58	\$ 908.526	\$ 847.958	LIQUIDADA
57101863	General	10/05/2021	07/06/2021	S822	29	87	\$ 908.526	\$ 878.241	LIQUIDADA
57101881	General	08/06/2021	10/06/2021	S822	3	90	\$ 908.526	\$ 90.853	LIQUIDADA
57101914	General	11/06/2021	27/06/2021	S822	17	107	\$ 908.526	\$ 514.831	LIQUIDADA
57303610	General	27/08/2021	05/09/2021	S822	10	10	\$ 908.526		RESUELTA
57446258	General	02/11/2021	11/11/2021	S822	10	10	\$ 908.526		RESUELTA
57446267	General	12/11/2021	20/11/2021	S822	9	19	\$ 908.526		RESUELTA
57446293	General	26/11/2021	25/12/2021	T859	30	49	\$ 908.526		RESUELTA

Acto seguido, indicó que con una vez tuvieron conocimiento de la presente acción de tutela procedieron a realizar la liquidación de las incapacidades No. 57303610, 57446258, 57446267, 57446293. El pago de estas incapacidades se realizará el día 17 de enero de 2022 mediante transferencia electrónica a la cuenta registrada por el empleador. Advirtiendo que, en lo relacionado con las incapacidades comprendidas entre el 27 de agosto al 5 de septiembre de 2021, no se habían liquidado ya que el empleador no había realizado solicitud de reconocimiento económico, con conocimiento de la tutela se programó el pago para la fecha antes relacionada.

- Secretaría Distrital de salud de Bogotá

A su turno esta entidad indicó que en efecto el señor **Juan Sebastián Gutiérrez Ospina**, se encuentra afiliado al sistema de seguridad social en salud a través de Sanitas EPS, y que, por consiguiente, esta debía garantizar todos los servicios que en salud el usuario requiera.

Ahora, en cuanto a las pretensiones relacionadas por el demandante en el escrito de tutela, sostuvo que se presentaba una falta de legitimación en la causa por pasiva, razón por la que solicitó la desvinculación del presente.

6. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

6.1 Competencia

Este Despacho es competente para emitir decisión de primera instancia dentro de la acción de amparo promovida, de conformidad con lo previsto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en virtud a que la misma fue instaurada en la ciudad de Bogotá, además de ser correctamente





repartida según las previsiones del artículo 1°, numeral 1° del Decreto 1382 de 2000, en concordancia con el Decreto 1983 de 2017 artículo 1° numeral 1, dado que la entidad accionada es **Sanitas EPS**.

- **Legitimación en La Causa**

6.2. Por pasiva

Fue interpuesta en contra de **Sanitas EPS**, entidad con domicilio en esta ciudad, quien se encuentra legitimada como parte pasiva en el presente proceso de tutela, conforme con lo dispuesto por el artículo 42 numeral 3° y 9° del Decreto 2591 de 1991.

6.3. Por activa

Fue promovida por el ciudadano **Juan Sebastián Gutiérrez Ospina**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.804.716. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales actuando por sí mismo o a través de representante legal o judicial o agente oficioso. En el presente caso, como se ha hecho referencia, la parte accionante actúa en nombre propio.

6.4 Problema Jurídico

El problema jurídico que debe resolver el despacho se contrae en establecer si en virtud de la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, este mecanismo resulta procedente para que esta Judicatura ampare el derecho fundamental a la seguridad social y mínimo vital en favor del señor **Juan Sebastián Gutiérrez Ospina** y, como consecuencia de esto, se ordene a la entidad promotora de servicios de salud **Sanitas EPS**, cancelar las incapacidades médicas causadas en favor de este en los periodos que a continuación se relacionan:

FECHA DE INICIO INCAPACIDAD	FECHA FINAL INCAPACIDAD	NÚMERO DE DÍAS
27/08/2021	5/09/2021	10

Para resolver esta controversia el Despacho examinará: **(i)** análisis jurisprudencia relacionadas con el pago de incapacidades y; **(ii)** el caso concreto.





7. FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIALES

Goza la tutela, entre otras, de las características de celeridad, sencillez, preferencia, sumariedad y subsidiaridad; en virtud de esta última, no resulta procedente la vía tutelar ante la existencia de medio diferente de defensa judicial, que permita la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales; a menos que, se intente como mecanismo transitorio ante la presencia de un perjuicio irremediable, entendido éste como el que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

Por ostentar el mecanismo de amparo esa naturaleza extraordinaria, la Honorable. Corte Constitucional ha sostenido que:

*“...no procede como un mecanismo alternativo de defensa judicial y no puede convertirse en un instrumento adicional o supletorio al que se puede acudir cuando se han dejado de ejercer los medios ordinarios de defensa en su oportunidad, o cuando se ejercieron extemporáneamente, **o para obtener un pronunciamiento con mayor prontitud sin el agotamiento de las instancias ordinarias dentro de la jurisdicción correspondiente**”¹. (Resalta el Despacho)*

De lo anterior, fácil es concluir que su improcedencia se justifica en cuanto el titular cuenta con mecanismos ordinarios de defensa para proteger sus derechos y que, por tanto –en principio– no tienen por qué ser desplazados por la acción Constitucional, situación que aplica cabalmente en lo reglado por la Carta Magna, al consagrar el principio de subsidiariedad. No obstante, como excepción a esta regla, el amparo será viable cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable *“que haga indispensable la adopción en forma urgente, inminente e impostergable de medidas transitorias para la protección del derecho”².*

Ahora bien, si la tutela se adelanta para evitar la materialización de un perjuicio irremediable, la misma es procedente como mecanismo de defensa judicial transitorio.

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-885 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

² Ídem.





De esta manera, de no reunirse alguno los requisitos generales de admisibilidad – cuando los derechos fundamentales sean amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o un particular siempre que no exista otro mecanismo de defensa judicial–, o excepcional –cuando se esté ante un perjuicio irremediable–, el Juez de Tutela se abstendrá de estudiar el fondo del asunto, pues evidente es que la acción constitucional deviene impróspera.

- **De la subsidiariedad de la acción de tutela**

En orden a adoptar la decisión que en el plano Constitucional resulte procedente, debe mencionarse que la acción de tutela solo “*procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial*” o excepcionalmente, cuando a pesar de existir uno, este resulta ineficaz para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del actor o para evitar un perjuicio irremediable, evento en el cual, procede como mecanismo transitorio de protección.

En este sentido, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-237 de 2015, estableció que, frente a la ineficacia de los instrumentos ordinarios, se derivan los siguientes supuestos de hecho:

i) cuando se acredita que a través de estos le es imposible al actor obtener un amparo integral a sus derechos fundamentales y, por tanto, resulta indispensable un pronunciamiento por parte del juez constitucional que resuelva en forma definitiva la litis planteada; (ii) cuando se evidencia que la protección a través de los procedimientos ordinarios no resulta lo suficientemente expedita como para impedir la configuración de un perjuicio de carácter irremediable, caso en el cual el juez de la acción de amparo se encuentra compelido a efectuar una orden que permita la protección provisional de los derechos del actor, mientras sus pretensiones se resuelven ante el juez natural; y (iii) cuando la persona que solicita el amparo ostenta la condición de sujeto de especial protección constitucional y, por tanto, su situación requiere de una especial consideración.

De igual manera, el máximo órgano Constitucional en su copiosa jurisprudencia, estableció una serie de criterios para determinar la ocurrencia o no de un perjuicio que pueda considerarse irremediable, como lo son:

II) estar ante un perjuicio *inminente* o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño; (ii) de ocurrir, no existiría forma de





repararlo; **(iii)** el perjuicio debe ser **grave**, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica que se estima como altamente significativo para la persona; **(iv)** se requieran medidas **urgentes** para superar la condición de amenaza en la que se encuentra, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y **(v)** las medidas de protección deben ser **impostergables**, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable³.

- **De las incapacidades por enfermedad de origen común**

Respecto del pago de las incapacidades que se generen por enfermedad de origen común, es preciso empezar por señalar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001⁴, el tiempo de duración de la incapacidad es un factor determinante para establecer la denominación en la remuneración que el trabajador percibirá durante ese lapso. Así, cuando se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma se reconocerá el pago de un **auxilio económico** y cuando se trata del día 181 en adelante se estará frente al pago de un **subsidio de incapacidad**.

Ahora bien, en lo correspondiente a la obligación del pago de incapacidades la misma se encuentra distribuida de la siguiente manera:

- i.** Entre el día **1** y **2** será el empleador el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.
- ii.** Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado con ocasión a su estado de salud, es decir, a partir del día 3 hasta el día número 180, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

³ Sentencia T-237 de 2015

⁴ "Por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez".





iii. Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005⁵ para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS⁶.

No obstante, existe una excepción a la regla anterior que se concreta en el hecho de que el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto⁷.

Así las cosas, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se expuso en precedencia.

Sobre el particular, cabe indicar que través de la aludida providencia T-200 de 2017 se sintetizó el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común de la siguiente manera⁸:

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

Dicho lo anterior, el Despacho procederá a realizar el correspondiente análisis a efectos de verificar si le asiste al demandante el derecho al pago de las

⁵ Este artículo modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

⁶ Sobre el particular se advierte que este concepto debe emitirse antes del vencimiento de los primeros 150 días de incapacidad. Si la EPS no cumple esta obligación, deberá asumir el pago de las incapacidades posteriores a los 180 días, hasta que emita el concepto.

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-401 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

⁸ Cuadro extraído de la sentencia T-200 de 2017 (M.P. José Antonio Cepeda Amarís).





incapacidades causadas con ocasión al accidente de tránsito que sufriera el pasado 11 de septiembre del año en curso (2021).

8. CASO CONCRETO

Trasladadas las anteriores consideraciones al caso sub examine, considera este Despacho que el ciudadano **Juan Sebastián Gutiérrez Ospina**, interpuso la acción de tutela en contra de la entidad promotora de servicios de salud **Sanitas EPS**, por el no pago del subsidio por incapacidad médica en favor del mencionado demandante por el periodo comprendido entre el 27 de agosto y el 5 de septiembre del 2021.

Seria del caso, realizar el análisis respecto de la obligación que tiene la entidad accionada de pagar los estipendios producto de las incapacidades que le fueran otorgadas al demandante dentro del periodo de tiempo antes relacionado, sino es porque en la respuesta allegada por **Sanitas EPS**, dio por cierto que, al señor **Juan Sebastián Gutiérrez Ospina**, le fueron otorgadas unas incapacidades producto de un accidente que este tuviera en el mes de agosto del 2021, comprometiéndose a realizar el pago de los dineros correspondientes el 17 de enero hogaño y que en razón de esto solicitaba se diera aplicación a la figura jurídica del hecho superado.

Sin embargo, debe advertirse que en el plenario no reposa prueba alguna de la materialización de dicho pago, siendo esta una manifestación incierta y sin ningún sustento probatorio, pues tal y como lo manifestara el demandante, desde el mes de septiembre, ha solicitado el pago de las incapacidades, pero al no haber sucedido esto, acudió ante la administración de justicia y de aceptar esta falladora los argumentos expuestos por la entidad accionada, se estaría poniendo entre dicho los derechos fundamentales del señor **Juan Sebastián Gutiérrez Ospina**, por cuanto si el pago no se ha materializado no podría acudir nuevamente ante la Administración de Justicia, por existir una sentencia constitucional por los mismos hechos y pretensiones.

Situación esta que, conlleva al Despacho a decretar la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social en salud y vida en condiciones dignas en favor de **Juan Sebastián Gutiérrez Ospina**, y como consecuencia de esto, se ordenará al representante legal y/o a quien haga sus veces de la entidad promotora de servicios de





salud **Sanitas EPS**, que en el término de cinco (5) días, procesa si no lo ha hecho, a pagar las incapacidades que a continuación se relaciona, para lo cual deberá arrimar a esta judicatura prueba documental que acredite el cumplimiento.

FECHA DE INICIO INCAPACIDAD	FECHA FINAL INCAPACIDAD	NÚMERO DE DÍAS
27/08/2021	5/09/2021	10

Se advierte a la parte accionada que, en el término concedido por esta judicatura para dar cabal cumplimiento a la orden relacionada, no puede alegar en su favor trámites administrativos, so pena de incurrir en desacato de conformidad con lo establecido en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

Finalmente, se ordena la desvinculación de la presente acción constitucional a la **Secretaría Distrital de Salud de Bogotá**, por existir una falta de legitimación en la causa por pasiva.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTISÉIS (26) PENAL MUNICIPAL DE BOGOTA CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO**, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos a la seguridad social, el mínimo vital y la vida en condiciones dignas del ciudadano **Juan Sebastián Gutiérrez Ospina**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.804.716, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal y/o a quien haga sus veces de la entidad promotora de servicios de salud **Sanitas EPS**, que en el término de cinco (5) días, procesa si no lo ha hecho, a pagar las incapacidades que a continuación se relaciona, para lo cual deberá arrimar a esta judicatura prueba documental que acredite el cumplimiento.





FECHA DE INICIO INCAPACIDAD	FECHA FINAL INCAPACIDAD	NÚMERO DE DÍAS
27/08/2021	5/09/2021	10

TERCERO: ADVERTIR a la entidad promotora de servicios de salud **Sanitas EPS**, que en el término concedido por esta judicatura para el cumplimiento de la orden relacionada en el numeral segundo de esta providencia, no puede alegar en su favor trámites administrativos, so pena de incurrir en desacato de conformidad con lo establecido en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: ADVERTIR a **Sanitas EPS** que deberá allegar las correspondientes pruebas documentales dentro del mismo término a este Despacho, de las cuales se acredite el cumplimiento de lo aquí ordenado.

QUINTO: DESVINCULAR de la presente acción constitucional a la **Secretaría Distrital de Salud de Bogotá**, por existir una falta de legitimación en la causa por pasiva.

SEXTO: ORDENAR que se notifique por el medio más expedito este fallo, tanto al accionante como a la entidad accionada y vinculada, de acuerdo a lo previsto en el artículo 30 y 31 del Decreto 2591 de 1.991.

SEPTIMO: ORDENAR que, si este fallo no es impugnado, se envíe el proceso inmediatamente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

La juez,

ELSA LUCIA ROMERO SANTOS
T-2022 - 005
Original firmado

