República de Colombia
JUZGADO TREINTA CIVIL MUNICIPAL

Radicación n.° 11001-40-03-030-2020-00538-00.

Bogotá D.C., uno (1) de octubre de dos mil veinte (2020).

Decídese la acción de tutela instaurada por **Nathaly Alejandra Ávila Vargas**, con la cédula de ciudadanía n.° 1.013.637.053, contra **Famisanar EPS S. A.**, trámite al que se vinculó a la IPS Colsubsidio.

I. ANTECEDENTES

1. La actora solicitó la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, igualdad y seguridad social, presuntamente vulnerados por la accionada.

2. Como fundamento de sus pretensiones adujo, en síntesis, que:

2.1. Está afiliada a la entidad censurada, en el régimen contributivo.

2.2. El 10 de julio de hogaño, luego de «*sospechar*» ser portadora del Covid-19, asistió a consulta médica con el galeno tratante de su EPS, se le practicó la prueba «*PCR*» y le fue ordenado realizar el «*aislamiento preventivo obligatorio, sin otor[gársele] incapacidad médica alguna*», y, en ese periodo recibió llamadas de la Secretaría Distrital de Salud, que le dio recomendaciones, entre estas, «*continuar aislada en casa*».

2.3. El día 16 siguiente, la entidad recriminada le contestó negativamente una petición -*en la que instaba que le expidiera una incapacidad*-, argumentando que esta «*la debió haber emitido el médico tratante bajo su criterio*».

2.4. Desde esa data, se le realizó «*seguimiento telefónico*», por el facultativo tratante; pero, pese a su «*imposibilidad de poder presentar[se] a trabajar*», no se le expidió incapacidad médica.

2.5. El 21 de julio pasado empezó a presentar síntomas de afectación en su salud; sin embargo, el día 23 posterior, la médica adscrita a la empresa convocada le «*ordenó un alta médica*» que le permitía reintegrarse social y laboralmente, «*sin importar el resultados de las pruebas porque ya había cumplido con los días de aislamiento*».

2.6. El día 25 siguiente, presentó dolores de cabeza y garganta, y le fue entregado el resultado de la prueba, que arrojó «*positivo*».

2.7. Los días 27 de la misma mensualidad, y 5 de agosto posterior, fue atendida telefónicamente por el profesional en salud tratante, quien pese a recetarle diversos medicamentos, no emitió incapacidad médica.

2.8. Se recuperó definitivamente, hasta el «*14 de agosto de [2020]*», de modo que, cumplió el «*aislamiento en casa*» por 34 días.

2.9. Según los síntomas que padeció, los «*riesgos a los que estu[vo] expuesta*» y el peligro de contagiar a sus compañeros de trabajo, «*mere[cía] incapacidad médica otorgada por la EPS Famisanar*».

2.10. Teniendo en cuenta que labora como «*operaria de aseo […] no era viable desempeñar teletrabajo*» y, como no se le expidió incapacidad, la ausencia en su puesto de trabajo «*[le] afectó gravemente [sus] ingresos vulnerando [su] mínimo vital […] y la de [su] núcleo familiar*».

3. Pidió, conforme a lo relatado, se le ordene a la censurada «*adelantar todos los trámites pertinentes para que se expida la incapacidad médica correspondiente al término de aislamiento preventivo […] desde el 10 de julio […] hasta el 14 de agosto de 2020*».

4. El 18 de septiembre de 2020 se admitió la queja constitucional y se ordenó correr traslado a la citada; luego, el 28 posterior, se vinculó a la IPS Colsubsidio.

II. RESPUESTA DE LA ACCIONADA Y DE LA VINCULADA.

1. Famisanar EPS solicitó se niegue la acción constitucional impetrada pues no ha afectado ni puesto en riesgo los derechos fundamentales de la quejosa, amén que, es el médico tratante «*el único que cuenta con la pertinencia para expedir incapacidades*», máxime si en esta se define, como mínimo, «*la inhabilidad, el riesgo que la origina, y el tiempo de duración de la incapacidad temporal*», conceptos que solo pueden derivarse de la «*debida valoración médico científica*».

Bajo el mismo criterio, también puso de presente, la «*falta de legitimación en la causa por pasiva*», siendo que la EPS por sí misma, no elabora las incapacidades.

2. La IPS Colsubsidio, guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

1. La jurisprudencia constitucional ha definido la «*incapacidad médica*» como «*el estado de inhabilidad física o mental de una persona, que le impide desempeñar en forma temporal o permanente su profesión u oficio*» y, en torno a las generadas por «*enfermedad común*», ha explicado que «*constituyen una prestación del Sistema de Seguridad Social consagrada en la normatividad propia de este asunto; con ella se pretende amparar las contingencias surgidas con ocasión de perturbaciones en la salud de los trabajadores dependientes o independientes, a fin de dar cumplimiento a los objetivos de la seguridad social*» (C.C. Sent. T-729 de 2012).

Ahora bien, en punto de su expedición, debe tenerse en cuenta que esta ha sido una labor del personal médico; por ello, desde la Resolución 2266 de 1998, emitida por el extinto Instituto de Seguros Sociales, se ha estipulado que el «*certificado de incapacidad temporal o licencia por maternidad*» es «*el documento que expide el médico u odontólogo tratante, en el cual se hace constar la inhabilidad, el riesgo que la*

origina y el tiempo de duración de la incapacidad temporal o de la licencia del afiliado», siendo que es ese profesional quien, además de «*estar capacitado para decidir con base en criterios científicos, […] conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente*» (C.C. Sent. T-345 de 2013).

Y, bajo el mismo criterio, el canon 2.7.2.2.1.3.2 del Decreto 780 de 2016, estipulo que ese certificado «*será expedido por un profesional de la medicina, con tarjeta profesional o registro del Ministerio de Salud y Protección Social, o por un médico que se encuentre prestando el Servicio Social Obligatorio […]*».

2. De otra parte, en tratándose de la prerrogativa de la igualdad, la enunciada Colegiatura ha explicado que:

> *[E]s un concepto multidimensional pues es reconocido como un principio, un derecho fundamental y una garantía. De esta manera, la igualdad puede entenderse a partir de tres dimensiones: i) formal, lo que implica que la legalidad debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos contra quienes se dirige; y, ii) material, en el sentido garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos; y, iii) la prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos construidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras.* (C.C, Sentencia T-030 de 2017).

3. La gestora acudió a la presente salvaguardia con el propósito de que se protejan sus prerrogativas superiores que considera vulneradas por la EPS enjuiciada por cuanto no le emitió la incapacidad médica del 10 de julio al 14 de agosto de 2020, lapso en el que estuvo en aislamiento preventivo obligatorio por padecer Covid 19, por lo que pretende que, por esta senda se le ordene expedirle el certificado médico respectivo en tal sentido.

4. En relación con la queja constitucional se arrimaron las siguientes acreditaciones:

4.1. Resultados del examen de laboratorio practicado el 10 de julio de hogaño, con fecha de impresión del 24 posterior, que da

cuenta de que la promotora del resguardo arrojó positivo para Covid-19 (Acreditación: «*01.2 Anexo 2 (Examen Idime)*»).

4.2. Misiva del día 16 de ese mes, referenciada «*famigo N 883693*», remitida a la tutelista por la EPS convocada, en la que se le explica que «*es el médico tratante quien después de valorar al paciente determina si hay lugar a una incapacidad*», inclusive si el padecimiento es el Covid 19.

De otro lado, le precisa que «*ha dado traslado de su comunicación a la IPS Colsubsidio, con el fin de evaluar la atención prestada, el cumplimiento de los atributos de calidad, la gestión del riesgo en salud, y definir, si fuere el caso, los planes de mejoramiento a que haya lugar a interior de la IPS*» (Acreditación: «*Anexo 01.3 Anexo 3 (Respuesta requerimiento Famisanar)*»).

5. Analizado el asunto *sub examine*, de entrada, se advierte, que no tiene acogida el argumento esbozado por la EPS censurada en punto a que carece de legitimación en la causa por pasiva, pues, aunque es cierto que es el médico tratante quien expide las incapacidades en favor de su paciente, tal cual se deriva de la lectura las normas precedentemente citadas, también lo es que la responsabilidad que le corresponde a las EPS en punto de la prestación de servicios de salud y la carga de satisfacer las prestaciones asistenciales y económicas de sus afiliados, está siempre en su cabeza, sin que sea factible evadirlas remitiéndolas a sus galenos.

Luego, la entidad promotora censurada está legitimada para acudir a la presente acción, como responsable directa de la atención médica de la promotora del resguardo y de salvaguardar los derechos fundamentales que a ella le corresponden.

6. Aclarado lo anterior, y revisadas las acreditaciones aportadas, se denota que la salvaguarda deprecada deviene inane, puesto que no se avizora que el actuar de la EPS censurada, al abstenerse de ordenar la expedición de incapacidades médicas, resulte lesiva a los derechos de la gestora, amén que, se comprende,

que a esta última se le prestó la atención médica que era menester –*nótese que relató que se le practicó la prueba del Covid 19, que luego tuvo acompañamiento médico vía telefónica y que, finalmente, se le recetaron y entregaron diversos medicamentos para su recuperación*– pero que, en el marco de tal, fueron los profesionales en salud que la atendieron quienes consideraron no emitir la incapacidad, por lo que la EPS simplemente acogió el criterio médico.

Y es que, recuérdese, que la «*incapacidad médica*» depende del estado físico o mental de una persona, según se vio en la jurisprudencia que se trajo a colación; luego, el certificado donde esta conste, no puede sino corresponderse al resultado del análisis que hace el facultativo, en aras de determinar el mejor camino hacia la recuperación de su paciente; por ello, la normatividad, que también se citó, le asigna puntualmente a ese profesional la labor de su expedición.

6.1. Así, atendiendo el precedente evocado, salta a la vista, que al juez constitucional no le corresponde, pese a sus amplias facultades en aras de salvaguardar y proteger los derechos fundamentales de las personas, sustituir o reemplazar el criterio profesional de un profesional de la salud, a fin de ordenar la expedición de ese tipo de prestaciones económicas, máxime si, como en el *sub examine*, se carece de elementos probatorios suficientes que lleven a la convicción, con la certeza científica que es necesaria, de que la tutelista merecía, por su especial condición de salud, tener una incapacidad en las datas alegadas, razón por la cual, insístase, la acción de tutela deviene inane.

6.2. Anudado a lo anterior, y de cara a la manifestación que realizó la promotora del amparo indicando la vulneración de su mínimo vital porque no se expidieron, en su favor, incapacidades médicas, cumple resaltar, que esa conducta no vulnera la prerrogativa en cita, ya que, como se entenderá, la emisión de ese certificado ha de otorgarse a quien se encuentre inhabilitado física o mentalmente para desarrollar sus labores, y se relaciona directamente con el estado de salud y la necesidad de recuperación

de un paciente, según el criterio de su médico tratante, más no, con su situación económica, aunque de ello se deriven unos efectos de esa naturaleza.

Y, es que, el no pago de esas incapacidades médicas, si se hubiesen expedido, si tiene que ver con el *ius* fundamental en cita, pues, como ha explicado el derecho pretoriano, «*el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores [T-490 de 2015]*» (C.C. Sentencia T-161 de 2019), pero sobre ese asunto, nada puede ordenarse en favor de la quejosa, ante la ausencia del certificado médico en tal sentido.

En un caso de similares aristas la Corte Constitucional, señaló, que, «*aunque parezca obvio, para que proceda la acción de tutela para el cobro de estas prestaciones se requiere que exista una prescripción médica emitida por el profesional médico autorizado que determine la existencia de la incapacidad laboral, de lo contrario, no le está dado al juez de tutela por ningún motivo ordenar la cancelación de incapacidades laborales*» (Sentencia T-581 de 2006), postura en que, denótese, resulta latente que es el profesional en salud quien debe emitir las incapacidades, si lo considera pertinente.

7. De otro lado, comoquiera que la convocante alegó sentir vulnerado su derecho fundamental a la igualdad, según la jurisprudencia previamente citada, se denota, que ella tuvo la carga de acreditar que su caso recibió un tratamiento diferente respecto a situaciones de igual tesitura para dar por transgredida la mentada prerrogativa; evento que en el *sub-lite* no se determinó; pues, nótese que, la quejosa alegó inconformidad con la falta de expedición de incapacidades médicas en razón al aislamiento, mas, sin embargo, no presentó argumento alguno a fin de precisar que en iguales condiciones a las suyas, aquella EPS censurada haya impartido un trato diferente en favor de otros afiliados.

Itérese que, la Corte Suprema de Justicia ha resaltado que:

> *Ahora, se duele el impugnante del trato desigual [otorgado a él por los querellados]; empero, no acreditó el aspecto relacional con el fin de efectuar el test de razonabilidad en la diferenciación dispensada por las accionadas, exigencia que cobra relevancia cuando se demanda la protección del derecho a la igualdad, puesto que con el propósito de determinar su desconocimiento, resulta necesario confrontar los casos concretos en los cuales las autoridades convocadas hayan actuado de manera diferente frente a situaciones semejantes a las que se encuentra inmerso el actor constitucional (…)* (CSJ, STC, 18 oct. 2013, rad. 2013-00446-01, reiterada, entre otras, en STC6924-2017 18 may. 2017 rad. 2017-00443-01).

Por ende, no avizora este despacho una afectación de la prerrogativa a la igualdad en cabeza de la promotora del resguardo.

8. En consideración de lo expuesto, no habrá lugar a conceder la salvaguarda instada.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juez Treinta Civil Municipal de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NIEGA** el amparo constitucional solicitado.

Comuníquese telegráficamente lo resuelto en esta providencia a los interesados y, en caso de no ser impugnada oportunamente envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase,

Artemidoro Gualteros Miranda
Juez