

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO CUARENTA Y CINCO CIVIL DEL CIRCUITO DE
BOGOTÁ D.C.**

j45cctobt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., veintiséis (26) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA No. 2022-0653-01
Accionante: MARGARITA JIMÉNEZ ORTIZ.
Accionada: COMPENSAR EPS.
Vinculadas: ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, COLMEDICA MEDICINA PREPAGADA, ALIANSALUD EPS, CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA.

Procede el despacho a resolver la impugnación presentada por la apoderada judicial de la señora Margarita Jiménez Ortiz, contra del fallo de tutela proferido el 7 de julio de 2022, por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Bogotá, donde se negó el amparo deprecado, previo el estudio de los siguientes,

I. ANTECEDENTES

1. Margarita Jiménez Ortiz, por conducto de apoderada judicial entabló acción de tutela contra Compensar EPS, al encontrar vulnerados sus derechos a la salud, mínimo vital, seguridad social, vida digna y al empleo.

1.1. Como hechos relevantes refiere que desde el año 2010 hasta el 30 de abril de 2022, estuvo afiliada ante Compensar EPS, pues se trasladó a Aliansalud EPS desde el 1º de mayo del año en curso.

Ello, por la excesiva tramitología, mal servicio y porque su empleador le indicó que debía encargarse de la transcripción de sus incapacidades, sino se afiliaba a una EPS adscrita a la compañía de medicina prepagada-Colmedica Medicina Prepagada-, como lo es la última de las citadas.

1.2. Recalcó que desde octubre de 2017 se encuentra afiliada a Colmedica Medicina Prepagada.

1.3. Que desde el 28 de febrero de 2022 y hasta el 29 de junio de 2022, se encuentra incapacitada como consecuencia de las enfermedades que padece, las cuales se han determinado como “C73X Tumor maligno de la glándula tiroides – Cáncer de tiroides), M35.0 Síndrome Seco o Síndrome de Sjögren (enfermedad huérfana), M199 Artrosis no especificada, M658 sinovitis y tenosinovitis o Sinovitis en rodillas o Bursitis del hombro izquierdo o Poliartralgias, M797 Fibromialgia; patologías que aduce han sido atendidas por Colmedica Medicina Prepagada, ya que en su oportunidad Compensar EPS no atendió diligentemente dichas enfermedades, incluso poniendo a la gestora en riesgo de muerte.

1.4. En abril de 2022, señala fue remitida al reumatólogo de la EPS, cuya disponibilidad en citas se encontraba a 6 meses de distancia, es decir, para el mes de septiembre de 2022; por tanto, le fue recomendado por servicio al cliente volver a medicina interna y solicitar un sello de urgente a fin de conseguir una cita.

Sin embargo, teniendo en cuenta el excesivo trámite al que sería sometida y el grave dolor que siente, como la imposibilidad para caminar establemente producto de las afecciones en las articulaciones y el dolor generalizado derivado de la enfermedad huérfana e inflamatoria del tejido conectivo que padece y de la artrosis no especificada, fue incapacitada por

los especialistas médicos tratantes de Colmedica Medicina Prepagada, quienes de acuerdo a su criterio médico consideraron que la actora “no se encuentra en la capacidad de brindar su fuerza de trabajo”.

1.5. Que procedió a solicitar la transcripción y reconocimiento de las incapacidades que datan del 28 de febrero de 2022 al 08 de marzo de 2022, del 09 de marzo de 2022 al 07 de abril de 2022 y del 08 de abril de 2022 al 05 de Mayo de 2022 ante su empleadora -Contraloría General de la República-, pero con oficio No. 2020IE0050274 de 1 de junio de 2022 dicha entidad notificó la negativa de Compensar EPS en realizar el trámite intimado, bajo la causal de “Incapacidad ambulatoria – medico particular”.

1.6. En oficio en cita el empleador le otorgó el término de un mes para tramitar la trascipción de la incapacidad so pena de adelantarse el procedimiento “para el descuento de los días o fracciones de días no laborados o de abandono del cargo según lo descrito en la Resolución OGZ – 0662-2018 del 27 de junio de 2018” y ante la preocupación, el día 1 de junio de 2022 radicó solicitud de información relacionada con el trámite de transcripción de las incapacidades, así como requirió una respuesta formal respecto a la negativa de pago en la página web de Compensar EPS (solicitud radicada bajo No. EN20220000230175), la cual fue resuelta el 6 de junio de 2022 indicándose lo siguiente:

“Las incapacidades están catalogadas con causal de no autorización “INCAPACIDAD AMBULATORIA - MEDICO PARTICULAR” y la normatividad legal vigente aplicada en la Ley 100 de 1993, Artículo 156, el Decreto 1295 de 1994 Artículo 38, las Sentencias SU-480 de 1997, T-665 de 1997, T-378 de 2000 y T-749 de 2001, no contemplan excepciones de ninguna índole.

Por lo tanto, la EPS Compensar no reconoce incapacidades ambulatorias expedidas por profesionales que no hagan parte de su red de servicios. Usted debe acudir a las IPS o profesionales adscritos a esta EPS, y así, tener derecho al cubrimiento a las incapacidades que se pudieran generar por las atenciones de salud, previo cumplimiento de todos los requisitos legales y organizacionales.

En consecuencia, no es válida la orden dada por un médico particular no vinculado a la EPS, y en caso de acudir a un médico diferente a los que están suscritos en Compensar EPS, deben asumir por cuenta propia los gastos derivados del tratamiento.”

1.7. Que dicha posición fue reiterada dentro del trámite adelantado ante la Superintendencia de Salud.

1.8. Que la subsistencia de la señora Margarita y su vínculo familiar se ve amenazada por la negativa de Compensar en reconocer y cancelar las incapacidades generadas por los médicos tratantes, adicionando que ha tenido que cancelar elevados costos para la atención de su salud y tener que esperar una cita con el especialista de la EPS accionada es agónica, dolorosa, genera zozobra, estrés y merma a su tranquilidad.

1.9. Sin otra opción que pueda dar una respuesta justa y rápida ante un inminente e irremediable perjuicio, acudió al trámite constitucional esperando que sea la administración de justicia la que ampare sus derechos fundamentales e impida que se materialice un perjuicio incorregible.

2. En conclusión, solicita la protección de sus derechos de primer orden; se ordene a Compensar EPS proceda a efectuar la transcripción de las incapacidades concedidas por el médico tratante desde el 28 de febrero de 2022 hasta el 1 de mayo de 2022, como a efectuar su pago conforme manda la jurisprudencia; se conmine a que en lo sucesivo sus acciones se motiven en los principios de justicia material y se expidan copias de la decisión.

II. DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

A la vuelta de referir los aspectos procesales para abrirse paso el estudio del mecanismo sumario, en específico lo atinente a la subsidiariedad, la jueza de primer grado refirió que el medio de amparo no superaba dicho tópico dado que la accionante contaba con otros mecanismos para defender los derechos fundamentales solicitados.

III. DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con lo resuelto, la apoderada actora impugnó la decisión argumentado en síntesis lo siguiente:

i) Debe darse un estudio de fondo a la acción sumaria, dadas las condiciones de salud de la activante y la urgencia en las transcripciones y pagos pedidos.

ii) Existe un perjuicio irremediable que hace procedente el amparo.

IV. CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Carta Fundamental, es el mecanismo constitucional efectivo que le permite a todo ciudadano reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos expresos que señala el Decreto 2591 de 1991.

Se caracteriza por ser un mecanismo subsidiario o residual que procede, por regla general, cuando no se dispone de otro medio de defensa judicial, además de ser inmediato, porque su propósito es otorgar sin dilaciones la protección solicitada; sencillo o informal, porque no ofrece dificultades para su ejercicio; sumario, porque es breve en sus formas y procedimientos; específico, porque se contrae a la protección exclusiva de los derechos fundamentales; eficaz, porque en todo caso exige del juez un pronunciamiento de fondo para conceder o negar el amparo del derecho y preferente, porque el juez lo tramitará con prelación a otros asuntos con plazos perentorios e improrrogables.

2. Dicho lo anterior, una vez confrontados los argumentos de la alzada, los planteamientos del fallo de primer grado y el contenido de las

prerrogativas *iusfundamentales* cuyo amparo se exoró, se advierte desde ya que esta sede judicial se apartará de lo discurrido en primera instancia por las razones que pasaran a explicarse:

2.1. Si bien la acción de tutela tiene carácter residual, toda vez que procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice para evitar un perjuicio irremediable, también lo es que el cumplimiento y examen de tal mandato no puede hacerse sin miramiento de los contornos que marca la gestora en su libelo inicial, del cual se desprende que, (i) es sujeto de especial protección dada su minusvalía física y psíquica y, (ii) persiguiéndose el pago de incapacidades médicas como único medio de subsistencia, lo cual no fue considerado en el fallo opugnado, siendo la acción sumaria el mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental al mínimo vital, por ejemplo.

2.1.1. Huelga recordar que nuestra *Norma Supra* prevé como obligación del Estado Colombiano la de resguardar y brindar pleno abrigo a todas las personas que se encuentren en debilidad o indefensión, habida cuenta sus condiciones físicas, mentales o económicas.

Ello, en la medida que de no ser así se dejaría al margen del ordenamiento la aplicación plena de las garantías de primer orden, como también el derecho a la igualdad, privilegio que desde luego se ve diseminado cuando, como en el presente evento, la persona tiene serios padecimientos que imposibilitan procurar los medios mínimos para atender su subsistencia y la de su núcleo familiar.

2.1.2. La protección y calificación de ser sujeto de especial protección desde luego no es caprichosa. Tiene raigambre constitucional (artículos 13, 47, 54 y 68, solo por citar algunos) y a sido reconocida por el legislador patrio, entre otras normas, con la expedición de la Ley 361 de 1997, cuerpo legal encaminado a crear mecanismos para lograr una integración social de personas que se encuentran en una situación de discapacidad;

ponderación que debe ser razonada en los elementos suasorios aportados.

2.1.3. Ahora, si se mira al detalle el material probatorio adosado, de él se desprende que la señora Margarita Jiménez Ortiz tiene antecedentes de carcinoma de tiroides, síndrome de sjogren, sinovitis y tenosinovitis en sus miembros inferiores, entre otras patologías, las cuales le han impedido laborar, ya que ha estado incapacitada desde junio de 2021 a mayo del presente año, lo que implica que la actora requería del abrigo e intervención del estado, cuestión que se dejó por completo de lado por la *a quo* pese a ser avisado.

2.1.4. En otros términos, no solo el examen del requisito de procedibilidad de la tutela debió ser menos riguroso, sino, al deducirse y comprobarse una debilidad manifiesta de la señora Jiménez por cuestiones médicas, lo procedente era resolver de fondo la actuación.

2.1.5. No basta con la existencia de medios de defensa judiciales para establecer la improcedencia de la acción de tutela, sino que debe determinarse si los mismos son idóneos y eficaces, estudio que desde luego tampoco se abordó.

2.1.6. Frente a ello, desde antaño ha sostenido la jurisprudencia constitucional que “el requisito de subsidiariedad –agotamiento de los mecanismos judiciales– comprende tres dimensiones:

(a) la idoneidad: que exista un procedimiento previsto por el sistema jurídico, para resolver la controversia jurídica.

(b) la eficacia: es la capacidad que tiene un procedimiento de producir una consecuencia jurídica desprovista de arbitrariedad y en un tiempo razonable.

(c) la urgencia: es la necesidad de intervención inmediata del juez constitucional para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.”¹

Insístase, aun cuando la gestora cuente con otros medios de defensa idóneos ante su juez natural para reclamar el pago de las incapacidades causadas, esta juzgadora considera que dicho medio de protección resulta ineficaz debido al grado de afectación del derecho al mínimo vital.

3. Adentrándose el Juzgado al análisis del fondo del asunto, se evidencia que el problema jurídico a resolver es si, desde el punto de vista constitucional, le asiste razón a la EPS accionada en haber denegado el pago de la licencia médica otorgada a la accionante, bajo el argumento de haber sido emitida por un médico particular y no de la red contratada para tal fin con la EPS misma. Para definirlo, abordará en primer lugar el Juzgado el análisis legal del reconocimiento al pago de incapacidades médicas, para luego, de ser el caso y no hallar en dicho marco respuesta, realizar el análisis constitucional del caso que permita definir la respuesta indagada.

3.1. Tratándose de incapacidades médicas, el artículo 206 de la ley 100 de 1993 establece: “Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto”.

¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-263 de 2017.

3.2. Sobre el reconocimiento al pago de las incapacidades médicas, se han determinado unas condiciones generales, recogidas en el Decreto 780 de 2016 por el cual se establece parámetros para el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas solicitadas por la accionante.

3.2.1. En cuanto a las incapacidades laborales de origen común, prescribió la norma en comento que quien reclame debe ser afiliado cotizante y, a su vez debe haber efectuado aportes por un mínimo de cuatro semanas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, siendo estas las únicas condiciones exigibles para el efecto².

3.2.2. A renglón seguido, estatuye una restricción para el reconocimiento de dichas incapacidades:

“No habrá lugar al reconocimiento de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando éstas se originen en tratamientos con fines estéticos o se encuentran excluidos del plan de beneficios y sus complicaciones.”

Ninguna otra prohibición para el reconocimiento del pago de las licencias médicas.

3.3. La legislación que regula la materia, como se avista, nada reglamenta de manera particular respecto a si las incapacidades médicas que son otorgadas por medios particulares o IPS no adscritas a las EPS en donde se encuentra afiliado el usuario. Hay que agregar sobre ello se ha esclarecido como procedimiento para ese fin por las Entidades Promotoras de Salud, la transcripción de las incapacidades médicas por su parte, esto es, que se presente ante ellas esas incapacidades y la

² “Artículo 2.1.13.4 Incapacidad por enfermedad general. Para el reconocimiento y pago de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general, conforme a las disposiciones laborales vigentes, se requerirá que los afiliados cotizantes hubieren efectuado aportes por un mínimo de cuatro (4) semanas. No habrá lugar al reconocimiento de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando éstas se originen en tratamientos con fines estéticos o se encuentran excluidos del plan de beneficios y sus complicaciones.”

entidad de él respectivo visto bueno o autorización; sin embargo, no están determinados requisitos específicos, diferentes a los precitados en la normatividad trascrita, por los cuales se otorgue o no la transcripción de esas incapacidades médicas por las EPS, menos aún, entonces, que haya facultad para negarla por virtud de provenir de un médico o IPS particular.

3.4. Ante ese presunto vacío normativo, debe entrar el intérprete judicial a verificar si es posible la negativa a la transcripción de la incapacidad médica y su consecuente pago bajo el argumento de haberse conferido por un médico que no forma parte de la red de la EPS:

3.4.1. De entrada, hay que señalar que es máxima de la interpretación jurídica que, donde el legislador no distingue, tampoco tiene por qué hacerlo tampoco el intérprete, principio general que, aplicado al caso en cuestión, conlleva a deducir que si no es esa una prohibición legal que impida el reconocimiento de las incapacidades médicas, mal podría así imponerlo quien debe interpretar la norma.

3.4.2. En segundo lugar, es menester tomar en consideración cuál es el propósito del reconocimiento económico de las incapacidades médicas, respecto del que *“ha entendido que el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de salud y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permitirá “recuperarse satisfactoriamente (...) sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia”*³. Vista así la finalidad del legislador, tampoco es admisible predicar como factor diferenciador que la incapacidad médica provenga de uno u otro médico, según esté o no adscrito a una determinada EPS; tal entendimiento resultaría en una desigualdad injustificada.

3 Sentencia T-401 de 2017, Corte Constitucional.

3.4.3. De hecho, la condición de incapacidad es certificada por el médico tratante, al margen de que sea de la red o no de una EPS, pues es a ese galeno, bajo su conocimiento y buen criterio a quien le corresponde determinar un concepto en el que dé cuenta de la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, definiendo el número de días de incapacidad necesarios para salvaguardar los derechos del paciente, particularmente a la salud y demás derechos conexos al mismo.

Desde vieja data la Corte Constitucional así lo ha determinado, cuando ha sostenido que las incapacidades médicas corresponden exclusivamente al médico tratante⁴; pero tal condición no está de ningún modo atada a que así se cualifique la incapacidad según se trate o no de un profesional adscrito a las empresas prestadoras de servicios en salud.

3.4.4. Igualmente es necesario considerar que cualquier interpretación normativa que se realice respecto a normas que tengan consecuencias sobre un trabajador, deberá realizarse en el sentido más favorable a este, por considerarlo el extremo más débil en esa relación patronal, situación que aquí también es predicable ante el trabajador frente a las entidades del Sistema de Seguridad Social que administran sus prestaciones sociales en salud.

3.4.5. Bajo ese miramiento, resulta ineludible reparar en los principios constitucionales que se enmarcan dentro del Estado Social de Derecho, como lo son la dignidad humana y la solidaridad, que se resaltan en eventos como este en que el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas constituyen el ingreso mínimo e indispensable de quien se encuentra en un proceso de recuperación.

3.4.6. Precisamente, bajo tales derroteros, en varias oportunidades la Corte Constitucional ha amparado los derechos al mínimo vital y ordenado el pago de incapacidades médicas o licencias de maternidad, muy a pesar

⁴ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-581 de 2006.

de que no se emitan por médicos o IPS que formen parte de la red prestadora de la respectiva EPS; así por ejemplo, en reciente decisión del 14 de julio de 2021, impartido dicha orden en un caso en que se negaba el pago de unas incapacidades emitidas por IPS que no tenía contrato vigente con la EPS accionada, señalando al respecto que *“la imposición de requisitos adicionales a los dispuestos en la ley para el reconocimiento y el pago de la licencia de maternidad de la actora fue inconstitucional”*⁵.

4. Aplicados estos pensamientos al caso objeto de estudio, se encuentra que la señora Margarita Jiménez Ortiz cumple con los presupuestos establecidos en el Decreto 780 de 2016 para el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas y no está incurso en las prohibiciones para su reconocimiento descritas en el artículo 2.1.13.4. del mismo compendio.

Esto, pues es afiliada al sistema general de seguridad social en salud, para la fecha de la expedición de las incapacidades a Compensar EPS y, actualmente a Aliansalud EPS en calidad de cotizante. Además, ha realizado aportes al sistema de manera ininterrumpida al menos en los dos últimos años, conforme se desprende los documentos adosados.

Adicionalmente, porque las incapacidades médicas no se otorgaron por virtud de tratamientos estéticos, ni excluidos del plan de beneficios.

Por lo demás, téngase en cuenta que a las incapacidades médicas cuyo reconocimiento se negó, no se les calificó de inválidas o mendaces y, por el contrario, provienen de una entidad que forma parte del Sistema General de Seguridad Social en salud, como lo es una entidad de medicina prepagada, de quien se entiende sus médicos tratantes son profesionales en la materia.

⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-224 de 2021.

4.1. Así las cosas, como las razones por las cuales se negó por Compensar EPS el pago de las incapacidades extendidas por Colmedica Medicina Prepagada a la señora Margarita Jiménez Ortiz, quien por intermedio de su empleador solicitó en oportunidad la transcripción de estas, son contrarias a las prerrogativas *iusfundamentales* y principios rectores constitucionales y será del caso tutelar el derecho a la seguridad social y mínimo de la señora Margarita Jiménez Ortiz.

4.2. Para la efecto, memórese que el pago de incapacidades, conforme a los incisos 5º y 6º del artículo 142 del Decreto Ley 0019 de 2012, son las EPS las llamadas a sufragarlas, salvo excepciones legales que aquí no se alegaron, de tal suerte que a ella se ordenará tal reconocimiento.

En virtud de los argumentos expuestos, el **JUZGADO CUARENTA Y CINCO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

IV. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el fallo de tutela proferido 7 de julio de 2022, por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Bogotá.

SEGUNDO: TUTELAR los derechos a la seguridad social y mínimo vital de la señora Margarita Jiménez Ortiz, por las razones expuesta en precedencia.

TERCERO: ORDENAR a la Compensar EPS, a través de su representante legal o quien haga sus veces que, en el término de tres (3) días hábiles, contados desde el día siguiente a la notificación de esta providencia, realice el pago de las incapacidades emitidas a favor del señora Margarita Jiménez Ortiz, en la vigencia en la cual estuvo activa en su sistema, esto es, desde el 28 de febrero de 2022 al 01 de Mayo de 2022.

CUARTO: NOTIFICAR esta decisión por el medio más expedito a las partes y al Juez Constitucional de primera instancia. Déjese la constancia de rigor.

QUINTO: ENVIAR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez se restablezca la normalidad institucional para estos trámites. Déjense las constancias pertinentes.

NOTIFÍQUESE


GLORIA CECILIA RAMOS MURCIA
Jueza

Mo.