

República de Colombia



Rama Judicial

JUZGADO TREINTA LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C

ACCIONANTE: SANTIAGO ERNESTO NARVÁEZ DE LOS RÍOS.

ACCIONADO: CONTRALORPIA GENERAL DE LA REPÚBLICA

VINCULADAS: SANITAS EPS y COLSANITAS MEDICINA PREPAGADA.

RADICACIÓN: 110013105030-2021-00330-00.

Bogotá, D.C., once (11) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO POR DECIDIR

Procede el Despacho a pronunciarse de fondo respecto de la Acción de Tutela incoada por el señor SANTIAGO ERNESTO NARVÁEZ DE LOS RÍOS, identificado con la C.C. No. 80.165.154, contra la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social, dignidad humana y mínimo vital.

Al presente asunto se vinculo de oficio por parte del Despacho a SANITAS EPS y a COLSANITAS MEDICINA PREPAGADA.

Para el efecto, se tendrán como hechos relevantes los siguientes

1. ANTECEDENTES

Indica el tutelante. *“1. Soy Santiago Ernesto Narváez de los Ríos, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.165.154, funcionario de la Contraloría General de la República desde el día 17 de octubre de 2017, inscrito en el registro público de carrera administrativa de dicha entidad desde el 17 de febrero de 2018. Se adjunta cedula y certificación laboral y resolución 00845 de 06 de abril de 2018 en (3) folios.*

2. Como cotizante al régimen contributivo del SGSSS me encuentro afiliado a la EPS Sanitas desde el 01 de julio de 2016. Se adjunta certificación de afiliación en un (1) folio.

3. Así mismo, para la época de ocurrencia de los hechos me encontraba afiliado a Colsanitas Medicina Prepagada a través de contrato 10108031348 desde el 30 de noviembre de 2017. Se adjunta formulario de afiliación en un (1) folio.

4. En el mes de diciembre de 2017 consulté por ortopedia con el Dr. Eduardo Reyes, Ortopedista y Traumatólogo a través de Colsanitas Medicina Prepagada, con ocasión de una masa dolorosa ubicada en mi mano derecha.

5. Resultado de una ecografía de tejidos blandos ordenada por el Dr. Reyes (Se adjunta en un (1) folio, se confirmó la presencia de un tumor en mi mano derecha, del que no se descartaba angiosarcoma, es decir, que podía ser cancerígena, por lo que fui remitido de inmediato por Oncología con el Dr. Francisco Linares Restrepo, médico oncólogo y ortopedista, igualmente adscrito a Colsanitas Medicina Prepagada, quien ordenó la realización de una resonancia magnética, a partir de cuyo resultado consideró el Dr. Linares que se debía realizar cirugía de extracción de tumor para evaluar la procedencia de la masa por patología. (Se adjunta orden y resultado de ecografía de tejidos blandos y resultado de resonancia magnética de mano derecha con medio de contraste) en tres (3) folios.

6. Una vez procedí a tramitar la autorización para el procedimiento quirúrgico ante la Compañía de Medicina Prepagada Colsanitas, esta se negó a dar la autorización por considerar que mi patología era preexistente a la fecha de afiliación con dicha compañía, por lo que frente mi enfermedad yo tenía solo dos alternativas; 1) o asumir con mis propios recursos el procedimiento quirúrgico y de esa manera establecer si el tumor era benigno o maligno de acuerdo a los resultados de patología y seguir con premura el tratamiento médico correspondiente, o 2) acudir a la EPS, para lo cual debía iniciar mi proceso desde cero mediante consulta por medicina general para luego con suerte, y de existir la disponibilidad de agenda, ser remitido a especialista, tenerme que someter nuevamente a exámenes y valoraciones diagnósticas para asimismo esperar disponibilidad de profesional especialista y clínica para la realización del procedimiento quirúrgico. Claramente el intenso dolor que

padecía en mi mano derecha, la limitación en su movilidad a causa del dolor, la imposibilidad de realizar las labores propias del empleo que desempeñó en la Contraloría General de la República, y sobre todo la necesidad de descartar una patología más gravosa para mi salud como el cáncer, me impedían iniciar mi proceso de atención médica desde cero, hecho que me condujo haciendo un gran esfuerzo económico e inclusive endeudándome, a asumir el costo de la cirugía y de la clínica con mis propios recursos.

7. Es decir, en tratándose de una afección a mi salud para nada menor, pues se trataba de un tumor ubicado en mi mano derecha que me impedía realizar mis actividades laborales y personales debido a la incomodidad y el fuerte dolor que presentaba, aunado a la necesidad de extraerlo para descartar por patología otras enfermedades, decidí asumir con mis propios recursos el costo de los honorarios del médico adscrito al Colsanitas y de la clínica CECIMIN igualmente de Colsanitas Medicina Prepagada, en la cual fui intervenido el día 16 de febrero de 2018, todo lo cual, se reitera, fue realizado en entidades y por profesionales adscritos a Colsanitas como consta en la incapacidad médica e historia clínica. Se adjunta en dos (2) folios.

8. En vista de la magnitud del procedimiento al que fui sometido, el Dr. Francisco Linares Restrepo, médico oncólogo y ortopedista, quien me operó, emitió incapacidad médica por 30 días, la que por mi parte procedí a remitir de inmediato a la Contraloría General de la República (CGR) por ser mi empleador con el fin de dar trámite a la correspondiente situación administrativa de incapacidad. Los hechos anteriormente descritos, se presentaron entre diciembre de 2017 y febrero de 2018. Se adjunta email de 19 de febrero de 2018, por el cual reporté a mi jefe inmediato y al enlace de mi área con talento humano sobre mi incapacidad médica a fin de darle el trámite correspondiente, y en cumplimiento de los procedimientos internos establecidos. (3) folios.

9. Con ocasión del reporte oportuno de la incapacidad médica a mi empleador, fue expedida la Resolución No. ORD-81117-449-2018, del 21 de febrero de 2018, suscrita por Luisa Fernanda Morales Noriega, Gerente de Talento Humano de la Contraloría General de la República, por la cual se legalizó la licencia por enfermedad general en los términos del Decreto 648 de 2017, entre otros a Santiago Ernesto Narváez de los Ríos, profesional universitario 02, por

incapacidad emitida el 16 de febrero de 2018, y vigente entre el 16 de febrero de 2018 y el 17 de marzo de 2018. Se adjunta copia de la Resolución en dos (2) folios.

10. Posteriormente, al cabo de casi 3 años siguientes a la cirugía y a portas de la prescripción del derecho de cobro que el empleador, en este caso, (Contraloría General de la República) tiene ante la EPS, por la prestación económica derivada de la incapacidad médica, la Contraloría me informó mediante comunicación electrónica de fecha 14 de octubre de 2020, radicada con No. 2020IE0064489 (Se adjunta copia en 3 folios) que la transcripción de la incapacidad fue negada por auditoría de la EPS (se adjunta en un (1) folio, al haber sido emitida por un profesional no adscrito, por lo que en ese sentido la incapacidad “carecía de validez” y en consecuencia, era yo como trabajador, quien dentro del mes siguiente, tenía la obligación de tramitar ante la EPS la transcripción de la incapacidad, pues de no hacerlo procedería como empleadora efectuarme el descuento de nómina correspondiente a los 30 días no laborados y a iniciarme el procedimiento interno por abandono de cargo.

11. Mediante comunicación electrónica del 20 de octubre de 2020, radicado con No. 2020ER0107525 (Se adjunta en 7 folios), manifesté en respuesta a dicha comunicación de mi empleador, exponiendo con los debidos soportes documentales gran parte de los fundamentos de hecho descritos en precedencia, y expuse los argumentos jurídicos por los cuales considero que es el empleador, en este caso, la Contraloría General de la República, a quien corresponde tramitar hasta su culminación el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general de sus trabajadores, incluyéndola transcripción de la incapacidad, esto bajo el amparo del artículo 121 del Decreto 019 de 2012, norma que de manera expresa establece que “en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento”. De manera tal que conforme lo expresé en dicha misiva, la negativa por parte de la EPS Sanitas de transcribir la incapacidad médica a mi conferida se constituía en una controversia entre la EPS y mi empleador, al que le informé y remití oportunamente la documentación necesaria para que asumiera tal responsabilidad, sin que sea dable bajo ninguna circunstancia que por la mera negativa de la EPS, me trasladaran a mi como trabajador y la parte débil de la relación laboral, el trámite de reconocimiento de dicha

incapacidad, y mucho menos advirtiéndome que de no hacerlo me descontarían los días no laborados e inclusive señalándome que se daría inicio a una actuación disciplinaria por abandono de cargo, postura de mi empleador que se hace más gravosa, cuando me informan de ella casi 3 años después del procedimiento quirúrgico al que fui sometido, a portas del vencimiento del término que los empleadores tienen ante las EPS para efectuar los procedimientos de recobro. Aunado al debate frente a la responsabilidad en el trámite de la transcripción de incapacidad, expuse con suficiencia los fundamentos de derecho, jurisprudencia y doctrina por los cuales es al empleador al que le corresponde asumir el costo de la incapacidad, vía auxilio de incapacidad por enfermedad general, cuando concurren hechos que exoneran a la EPS de su reconocimiento.

12. Con ocasión de mis consideraciones expuestas en el escrito de 20 de octubre de 2020, me fue remitido por parte de la Dirección de Gestión de Talento Humano el oficio radicado con No. 2020IE0068358 de 27 de octubre de 2020, suscrito por Luis Francisco Balaguera Baracaldo, Director de Gestión de Talento Humano, en el cual reiteran que como empleador cumplieron con el deber de remitir la incapacidad a la EPS para su transcripción, pero que ante la negativa por parte de Sanitas de realizar dicha transcripción por haber sido emitida por un profesional no adscrito, era yo el responsable de efectuar dicho trámite, pero además, sorprendentemente me manifestaron que “Por costumbre en la CGR se había asumido que la transcripción también estaba dentro de las obligaciones del empleador, trámite que siguió y sigue realizando la DGTH, pero cuando la EPS o la ARL niega la transcripción y con ánimo de garantizar la reserva que la ley otorga a las historias clínicas, la Dirección solicita al funcionario mediante formato tipo para que realice el trámite, advirtiendo las posibles consecuencias, en el evento que la entidad reconocedora no transcriba la incapacidad.” Por demás, la CGR reiteró su postura ya expuesta en la comunicación 2020ER0107525 de 20 de octubre de 2020 (se adjunta en 7 folios), amparada en el concepto de función pública 20196000144421 de 09 de mayo de 2019, según el cual “toda incapacidad expedida por un médico no autorizado para ello por la EPS debe ser transcrita en los términos y condiciones que señale para ello cada EPS y si ello no ocurrió, la incapacidad no será válida y el empleador no debe aceptarla.” Así mismo, hacen referencia a la Sentencia T 404 de 2010, de la Corte Constitucional, a propósito de lo expuesto en esa oportunidad por parte de ese

Tribunal, al señalar que “Al empleador le corresponde correr con las prestaciones económicas derivadas de la incapacidad laboral en que incurra su trabajador, cuando el accidente o la enfermedad que la ocasionen sea de origen común y no se trate de un caso en que la EPS este obligada a pagarlas.” Pronunciamiento frente al cual la Contraloría General de la República como empleador realizó una lectura e interpretación equivocadas de dicha sentencia al expresar que la jurisprudencia es taxativa en limitar los casos en que el empleador debe asumir el costo de la incapacidad de sus trabajadores cuando la EPS no está obligada, a situaciones en que; 1) el trabajador no tenga el número mínimo de semanas cotizadas al momento de la enfermedad, 2) o cuando el empleador incurrió en mora en el pago de las cotizaciones sin que la EPS se hubiera allanado a ella, o 3) cuando el empleador no suministra la información suficiente acerca de la incapacidad concreta del trabajador. De manera tal que, señala la Contraloría, como mi situación no se ubica en ninguno de esos supuestos de hecho, la entidad no está obligada al pago del auxilio de incapacidad, y por tanto es a mí como trabajador a quien corresponde asumir ese pago, con el agravante de considerar mi incapacidad como irregular y catalogarla como constitutiva de infracción al régimen disciplinario, nada más alejado de la realidad fáctica y jurídica y violatorio de mis derechos fundamentales.

13. Ante la reiteración de la postura jurídica de la Contraloría General de la República, remití escrito radicado con No. 2020ER0118023 de 06 de noviembre de 2020 (se adjunta copia en seis (6) folios), en el cual reitero y amplío los argumentos por los cuales la responsabilidad en la transcripción de las incapacidades corresponde por virtud de la Ley a los empleadores, luego la inexistencia de un procedimiento específico en la Ley, no la habilita para que de manera arbitraria me trasladen esa responsabilidad como trabajador y parte más débil de la relación laboral. Argumento que sustenté con algunos conceptos del Ministerio de Salud como el 173237 de 10 de agosto de 2012, en el cual dicha autoridad expresó sobre este particular: “La responsabilidad del empleador no se limita exclusivamente al cobro o reconocimiento económico de la incapacidad, sino que debe asumir el trámite que la misma implica, incluyendo el deber de gestionar ante la EPS el reconocimiento de la incapacidad o licencia e incluso la transcripción cuando haya lugar a ello. Es así, como ante una incapacidad que concede un médico particular, es decir ajeno a la red de prestadores de la EPS, le

corresponde al empleador tramitar la transcripción de la incapacidad, caso en el cual, se requerirá que una vez comunicado por el trabajador su incapacidad o licencia, este la allegue ante su empleador para que proceda a solicitar la transcripción.” Se reitera que con total apego a dicha disposición actué al haber remitido la incapacidad e historia clínica a mi empleador, el día hábil siguiente al momento en que me fue realizado el procedimiento quirúrgico, como queda probado en el No. 8 de este acápite de hechos, con la copia correspondiente del correo electrónico con la cual remití la historia clínica e incapacidad. Así mismo, puse de presente lo expresado por el Ministerio de Salud en concepto 201611600649671 de 14 de abril de 2016, en el que frente al reconocimiento de incapacidades no transcritas por las EPS, se estableció que frente al evento de la no transcripción de las incapacidades o licencias por parte de las EPS, por no cumplir con algunos de los requisitos establecidos, el pago de la prestación económica derivada de la enfermedad general recaería sobre el empleador. Por demás, manifesté mi total inconformidad como persona y trabajador, cuando la CGR pretende permear la incapacidad médica por mi presentada con un manto de aparente irregularidad al punto de considerarla como constitutiva de infracción a mis deberes funcionales y causal de abandono de cargo como si no tuviera el legítimo derecho de acudir al servicio de salud de mi preferencia. Como ya lo he expresado, mi diagnóstico no era menor y por tratarse de un tumor en una de mis extremidades, hice lo que cualquier persona hubiera hecho en mi lugar dentro de sus posibilidades para restablecer mi salud, acudir al profesional de la medicina más idóneo para que me intervenga oportunamente y así poner fin a una condición que me estaba afectando de manera importante mis condiciones de vida digna tanto en lo familiar, laboral y personal.

14. En respuesta a mi comunicación 2020ER0118023 de 06 de noviembre de 2020, la Contraloría General de la República me envió oficio radicado con No. 2020IE0074596 de 20 de noviembre de 2020, suscrito por Luis Francisco Balaguera Baracaldo, Director de Gestión de Talento Humano, en el cual expresa que si las incapacidades en trámite para transcripción son devueltas por las EPS, sin reconocer sus obligaciones pecuniarias, “se genera una controversia entre el funcionario afiliado y su EPS, controversia que no puede dirimir el empleador, en este caso la Contraloría General de la República.”, con base en lo cual reiteran que si la EPS no realiza la transcripción de la incapacidad, el empleador no puede tomarla como válida por

lo que a juicio de la CGR, la administración no está obligada a reconocer el pago del auxilio por enfermedad.

15. En vista de la arbitraria postura jurídica de mi empleador, pero además considerando la irregular negativa por parte de la EPS Sanitas para transcribir la incapacidad medica derivada del procedimiento quirúrgico que me fue realizado, procedí a interponer demanda jurisdiccional en contra la EPS Sanitas, ante la Superintendencia Nacional de Salud, a través de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Salud (Se adjunta copia del correo de envío con soportes y radicado en (2) folios y demanda en (8) folios, cuyas pretensiones son que se declare que la EPS Sanitas tiene la obligación de transcribir la incapacidad emitida por el Dr. Francisco Linares Restrepo, con ocasión del procedimiento quirúrgico realizado el día 16 de febrero de 2018 y en consecuencia se ordene el pago del auxilio por incapacidad a la Contraloría General de la República en su condición de empleador y entidad que realiza el recobro. La Supersalud avocó conocimiento de este asunto y posteriormente trasladó por competencia a los juzgados laborales del circuito de Bogotá, de cuyo reparto correspondió al juzgado 39 laboral del circuito de Bogotá, donde ya se avocó conocimiento y actualmente cursa trámite de este proceso judicial. Se adjunta comunicación del traslado por competencia y pantallazo de sistema de información de rama judicial en (3) folios.

16. De la presentación de la demanda ante la Superintendencia Nacional de Salud, como del traslado por competencia a los juzgados laborales del circuito y del estado actual del proceso, he venido comunicando oportunamente al área de talento humano de la CGR, como consta en el cruce de correos que adjunto en (7) folios.

17. A sabiendas de todo lo expuesto, de que es clara la responsabilidad del empleador de asumir la prestación derivada de la enfermedad general en aquellos casos en que no correspondan a la EPS, de que sin perjuicio de ello y ante la inoperancia de mi empleador, opté por presentar demanda jurisdiccional en contra de la EPS Sanitas, sin que a la fecha existan resultas de dicho proceso, la Contraloría General de la República, a través del área de talento humano requirió a mi jefe inmediato, Dra. Claudia Cristina Serrano Evers, Jefe de Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, mediante

comunicación 2021IE0054970 de 13 de julio de 2021 (Se adjunta copia en 3 folios), informándole que yo había incumplido mi deber de tramitar la transcripción de la incapacidad ante la EPS, y que por lo tanto como jefe inmediato era su deber reportar mi ausencia injustificada a laborar con miras a dar trámite al procedimiento descrito en la Resolución OGZ-0662-2018 del 27 de junio de 2018, “Por la cual se establece el procedimiento administrativo para el descuento de fracciones de día o días no laborados y la declaratoria de vacancia de un empleo por abandono del cargo en la Contraloría General de la República” Tal incumplimiento que la CGR me endilga claramente no corresponde a la realidad, pues tras haberse negado la EPS a transcribir la incapacidad (Se adjunta en 1 folio), procedí a presentar la demanda jurisdiccional ya referida.

18. En respuesta a dicha solicitud efectuada por el área de talento humano, la Dra. Claudia Cristina Serrano Evers, jefe de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, y para estos efectos, mi jefe inmediato, emitió respuesta radicada con No. 2021IE0056657 de 19 de julio de 2021 (Se adjunta copia en 9 folios), en la cual se pone de presente en primer lugar que el reporte de la novedad, a saber, inasistencia por mediar una incapacidad por enfermedad general, fue realizado oportunamente a través de comunicación radicada con No. 2018IE0016794 de 02 de marzo de 2018, adjuntando los correspondientes pantallazos del sistema de gestión documental de la CGR Sigedoc. Así mismo, de manera expresa manifestó mi jefe inmediato la improcedencia de la solicitud de inicio de trámite descrito en la Resolución OGZ-0662-2018, de 27 de junio de 2018 (Se adjunta en cinco (5) folios), (descuento de días no laborados y abandono de cargo) al considerar que la inasistencia durante los días 16 de febrero de 2018 a 17 de marzo de 2018 se encontraba plena y objetivamente justificada por una circunstancia ajena a mi voluntad, a saber, un procedimiento quirúrgico realizado; un diagnóstico de enfermedad general, de lo cual da cuenta la historia clínica, exámenes diagnósticos, incapacidad y resultado de patología posterior a la cirugía, todo lo cual fue oportunamente puesto en conocimiento del empleador. De esta manera, mi jefe inmediato, consideró que un trámite eminentemente administrativo como es la transcripción de una incapacidad no puede prevalecer sobre un hecho objetivo e indiscutible, como es la patología de la que en su momento padecí, del procedimiento quirúrgico al que fui sometido, y de la incapacidad médica que se me confirió como posibilidad de recuperar mi salud sin tener la obligación de reintegrarme a mis labores, tal y como lo

establece el ordenamiento jurídico en materia laboral. Argumento que fue soportado por mi jefe inmediato a través de doctrina y jurisprudencia, remontándose a los hechos y fundamentos facticos que igualmente he esbozado en este escrito y finalmente solicitando se tomen en cuenta estas circunstancias a la hora de revisar los procedimientos ordenados en la Resolución OGZ-662 de 2018.

19. Sin embargo, el área de talento humano en cabeza de Luisa Fernanda Morales Noriega, mediante oficio 2021IE0057345 de 22 de julio de 2021, se ratificó y reiteró la postura ya conocida de la Contraloría General de la República, frente al pago de la incapacidad otorgada a partir del procedimiento quirúrgico al que fui sometido, pronunciamiento del cual sorprende, y hasta produce tristeza, que mi empleador se refiera al pago de mi incapacidad en términos de “detrimento al patrimonio público”, y de considerar que ante la negativa por parte de la EPS de transcribir la incapacidad, esta obligación debe trasladarse al trabajador en aras de “salvaguardar el patrimonio público”; pero por si fuera poco, asimila el procedimiento quirúrgico a mi realizado, de extracción de tumor en la mano derecha, a un procedimiento estético, esto para justificar el por qué no en todos los casos la entidad debe asumir el costo de la incapacidad, postura que trasciende de lo jurídico a lo arbitrario. En ese orden, la misiva del área de talento humano prácticamente ordenó a mi jefe inmediato iniciar el procedimiento de descuento por nómina de días no laborados y de abandono de cargo, sin considerar ninguno de los fundamentos de hecho y de derecho que reiteradamente se han expuesto. (Se adjunta en (9) folios.)

20. Ante la ya conocida y reiterada postura por parte de la Contraloría General de la República, la Dra. Claudia Cristina Serrano Evers, jefe de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, y para estos efectos, mi jefe inmediato, remitió comunicación radicada con No. 2021IE0057891 de 23 de julio de 2021, a través del cual ratificó que a su juicio la inasistencia a laborar durante los días 16 de febrero de 2018 a 17 de marzo de 2018, se encuentra plenamente justificada con base en lo ya expuesto en comunicaciones anteriores, sin embargo, ante la “invitación” por parte de talento humano a seguir el procedimiento de descuento de días no laborados y abandono de cargo, procedió a ratificar que no asistí a trabajar del 16 de febrero de 2018 al 17 de marzo de 2018, como ya lo había hecho al momento de hacer el reporte

de la novedad, con lo cual el empleador se dispondrá a efectuar el descuento de salario y a iniciar el procedimiento de abandono de cargo, con total desmedro de mis derechos fundamentales a la seguridad social, dignidad humana y mínimo vital.(Se adjunta en un (1)folio).”¹

Teniendo en cuenta lo expuesto, el accionante solicita que le sean amparados sus derechos fundamentales y, como consecuencia de ello, solicita que se le ordene a la Contraloría General de la República, que adelante hasta su culminación, el trámite de reconocimiento de incapacidad por enfermedad general, incluyendo la transcripción de la misma, que ante el NO reconocimiento de la incapacidad por parte de la EPS, sea la Contraloría en su calidad de empleador, quien asuma el auxilio por enfermedad no profesional y de mismo modo, que se abstenga de ordenar el descuento por nómina de los 30 de incapacidad, y que el procedimiento quirúrgico al que fue sometido, no constituya mérito para adelantar el procedimiento de abandono del cargo y que, en caso de hacerlo, se le garantice el debido proceso.

Además de lo anterior, también solicita por este medio, que se declare que la EPS SANITAS tiene la obligación de transcribir la incapacidad emitida por el médico tratante de Colsanitas Medicina Prepagada y como consecuencia de ello, se le ordene a la Contraloría efectuar el pago de la incapacidad generada y, subsidiariamente, ordenar el pago de dicha incapacidad a la EPS SANITAS.

2. TRÁMITE IMPARTIDO

La presente tutela fue admitida por auto del dos (02) de agosto 2021 y notificada por Estados Electrónicos el día tres (03) del mismo mes y año en el micro sitio de la página de la Rama Judicial en la forma como lo ha establecido el Consejo Superior de la Judicatura, auto en el cual se ordenó la notificación de la autoridad accionada para que ejerciera su derecho a la defensa y contradicción, así como de la entidad vinculada, diligencia que se efectuó a través del correo institucional teniendo en cuentas las medias adoptadas por la misma corporación antes citada en relación con la situación actual del país frente al COVID-19.

¹ Hechos traídos textualmente del escrito de tutela radicado por el accionante señor SANTIAGO ERNESTO NARVÁEZ DE LOS RÍOS.

3. Respuestas de las accionadas

Mediante correo de fecha 5 de agosto de 2021, la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, procedió a contestar la presente acción bajo los siguientes argumentos de defensa:

Tal como consta en el documento adjunto a la presente respuesta la Contraloría General de la República ha realizado cumplidamente los aportes en salud correspondientes al señor SANTIAGO ERNESTO NARVÁEZ DE LOS RÍOS.

Mediante Resolución Ordinaria 449 del 21 de febrero de 2018, la Contraloría General de la República legalizó la licencia por enfermedad del funcionario SANTIAGO ERNESTO NARVÁEZ DE LOS RÍOS, identificado con cédula de ciudadanía 80165154, con fundamento en la incapacidad que le fuere concedida para el período comprendido entre el 16 de febrero al 17 de marzo de 2018. En el acto administrativo en mención se indicó que la Dirección de Gestión del Talento Humano, procedería a la respectiva liquidación y cobro de los valores deducidos ante la correspondiente EPS.

Así mismo, tal como consta en la documentación anexa al escrito de tutela la Contraloría General de la República adelantó todos los trámites necesarios para el reconocimiento de la incapacidad. Prueba de ello es el certificado de negación de la incapacidad o licencia expedido por EPS SANITAS en el que se indica como motivo de la negativa "INCAPACIDAD PARTICULAR NO APROBADA POR AUDITORIA".

Del mismo modo, mediante correo electrónico del 14 de julio de 2021 se solicitó nuevamente a EPS SANITAS precisar los motivos que dieron lugar a la no transcripción de la mencionada incapacidad.

De otro lado, alega la falta de legitimación en la causa por pasiva, pues señala que la presunta vulneración de los derechos fundamentales esta en cabeza de la EPS SANITAS, en razón a que es al Sistema General de Seguridad Social en Salud a quien corresponde el pago de la incapacidad reclamada por el actor, que para el caso en concreto, lo sería la EPS SANITAS.

Ahora, que para efectos del trámite de una incapacidad se deben distinguir 3 eventos que son: a) Expedición del certificado médico, b) Reconocimiento de la incapacidad por parte de la EPS si no fue expedida por su red de prestadores y c) Transcripción de la incapacidad, aspectos para los cuales la accionada trajo a colación lo dispuesto en el artículo 121 del Decreto 019 de 2012, así como el contenido del artículo 2.7.2.2.1.3.4. del Decreto 780 de 2016 frente a los requisitos que debe contener una incapacidad médica entre otros.

Del mismo modo, puso de presente varios conceptos emitidos por el Ministerio de Salud frente al tema en cuestión, en donde dicha Ministerio ha dejado claro que los procedimientos de transcripción y reconocimiento se ciñen por los trámites establecidos internamente por cada EPS, razón por la cual, la Contraloría ha adelantado los procedimientos correspondientes conforme a los requerimientos elevados por la EPS, ahora, que en los casos, como este, en los cuales la EPS no transcribe la incapacidad del trabajador, es a este a quien le toca adelantar dicho trámite, sin embargo, deja claro, que para que ello ocurra, es necesario que la EPS emita un concepto técnico que determine las razones por las cuales no transcribe las incapacidades, situación que no se dio en este caso, por lo que no se le puede inculcar la responsabilidad a la CGR.

También señala, que frente al pago de las incapacidades, según el artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, modificado por el Decreto 2943 de 2013, dicho pago se efectúa de la siguiente manera: *“estarán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los 2 primeros días de incapacidad laboral originada por enfermedad general, tanto en el sector público como en el privado; a partir del 3 día de incapacidad y hasta por 180 días, el reconocimiento y pago de las incapacidades corresponderá a la Empresa Promotora de Salud EPS, así: Las 2/3 partes del salario, esto es, el 66%, durante los noventa (90) días y la mitad del salario, es decir, el 50%, por el tiempo restante.”*, concluyendo que, la Contraloría General de la República actuó conforme a derecho y que, por consiguiente, no se le puede endilgar el pago de una prestación económica que no está a su cargo.

En cuanto a la validez de una incapacidad médica cuando esta no es transcrita por la EPS, señala que en principio la misma no es válida para efectos de justificar la ausencia laboral y que por consiguiente se debe adelantar el procedimiento de descuento de horas no laboradas o de abandono del cargo,

según sea el caso y que si lo que pretende el accionante es menguar el valor de los conceptos jurídicos emitidos por el Departamento Administrativo de la Función Pública, lo cierto es los mismos tiene la relevancia necesaria, cuando impactan aspectos salariales, como sucedería en el evento en que la Contraloría General de la República reconozca una incapacidad no transcrita como justificatoria de la ausencia laboral, con el consecuente pago del salario que ello conlleva, pues de llegar a reconocer y pagar una prestación económica que no le corresponde, no solo se estaría incurriendo en un detrimento patrimonial, sino que, además de ello, estaría contrariando las disposiciones del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Conforme a lo anterior, solicita que se le ordene a la EPS SANITAS, que expida o emita un concepto médico sobre la validez de la incapacidad presentada por el accionante, en la que se diga si la rechaza, la ratifica o la reduce, ello, con el fin de tomar las decisiones correspondientes frente a la actuación administrativa de descuento por nómina de días no laborados o abandono del cargo, finalmente, solicita que se niegue por improcedente la presente acción constitucional conforme a los argumentos expuestos en la contestación.

Por su parte, la **EPS SANITAS**, mediante correo de fecha 5 de agosto de 2021, en respuesta al presente asunto, expuso lo siguiente:

Que una vez se consultó con el área de prestaciones económicas de la EPS, esta le informó:

“El afiliado presenta incapacidades las cuales no fueron generadas dentro de la red de la EPS, teniendo en cuenta la directriz de Jurídica NO se autorizan para pago las incapacidades presentadas posteriormente.

Lo anterior, en concordancia con el Concepto 241151 de 2006 emitido por la Oficina Jurídica del Ministerio de la Protección Social, donde se precisa que “...Ninguna norma reglamentaria del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ha establecido que las EPS obligatoriamente deben reconocer las incapacidades cuando son expedidas por médico particular o de institución ajena a la red prestadora de la entidad promotora de salud...”

Adicionalmente por ser pertinente citamos normatividad acorde al anterior concepto: el literal g) del artículo 156 de la ley 100 de 1993 establece que los afiliados al sistema deberán escoger las instituciones prestadoras de servicios de salud y / o los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la entidad promotora de salud, dentro de las opciones por ella ofrecidas.

Así mismo, el numeral 1 del artículo 159 determina que la atención de los servicios del plan obligatorio de salud por parte de la entidad promotora de salud será brindado a través de las instituciones prestadoras de servicios adscritas, y el numeral 4 de la misma norma precisa que la escogencia de las instituciones prestadoras de servicios y de los profesionales deberá efectuarse entre las opciones que cada entidad promotora de salud ofrezca dentro de su red de servicios.”

Con lo anteriores argumentos, pretende demostrar la entidad accionada que no le está vulnerando ningún derecho fundamental de los incoados por el accionante, razón por la cual solicita que se declare improcedente la presente acción de tutela y, del mismo modo, se ordene su desvinculación.

Por último, la **COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS S.A.**, dentro del término de traslado concedido en el auto admisorio de esta tutela, procedió a dar contestación de la siguiente manera:

Que la entidad ha actuado conforme a la normatividad vigente y no ha generado afectación alguna de los derechos fundamentales del accionante, por cuanto los servicios que dicha compañía esta obligada a prestar, los mismos están sujetos al contrato de servicios de medicina prepagada suscrito entre las partes y adicional a ello, señala que el accionante no tiene contratado los servicios médicos complementarios en los términos establecidos por la Ley 100 de 1993.

Ahora, que de acuerdo con el informe del área operativa, se determinó que:

“EL SEÑOR SANTIAGO ERNESTO NARVÁEZ DE LOS RÍOS SE ENCONTRABA VINCULADO A COLSANITA S.A MEDIANTE CONTRATO NUMERO 8031348Y FUE CANCELADO COMO EL MISMO ACCIONANTE ALEGÓ EN SU ACCIÓN DE TUTELA.

EL USUARIO NO TIENE SERVICIOS DE SALUD NEGADOS, PENDIENTES POR TRAMITAR O AUTORIZAR FRENTE A NUESTRA COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA.”

Motivos por los cuales, solicita la desvinculación del presente trámite tutelar ante la inexistencia de vulneración de derechos fundamentales en contra del actor.

4. PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico en este asunto consiste en lo siguiente: (i) Determinar la procedencia de la acción de tutela frente a las pretensiones del accionante y (ii) en caso afirmativo, determinar la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados en este asunto y las consecuencias a que haya lugar.

5. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

5.1. Aspectos Generales

Conforme a lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, la Acción de Tutela es un mecanismo utilizado para que, reunidos algunos requisitos procesales, las personas puedan reclamar la protección judicial inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales. Señala además que los derechos fundamentales son aquellos cuya protección inmediata puede ser solicitada al juez.

Ahora, la tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiaria, residual y autónoma; dirigida a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas o excepcionalmente los particulares cuando estos presten servicios públicos, que vulneren los derechos fundamentales, que puede ser interpuesta por cualquier persona que se encuentre en estado de subordinación o indefensión, para la pronta y efectiva defensa de los derechos constitucionales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable o cuando no exista otro medio de defensa judicial, sobre los cuales no solo debe realizarse una simple enunciación sino que debe acreditarse siquiera sumariamente su efectiva consumación.

5.2 Requisitos Generales de Procedencia de la Acción de tutela.

5.2.1 Legitimación en la Causa por Activa.

El artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, establecen que está legitimado para interponer la acción de tutela, *i)* el titular de los derechos fundamentales, caso en el cual no se exige de mayores formalidades, pues bastará demostrar que es la persona directamente afectada por la vulneración o amenaza de tales prerrogativas. Simultáneamente, se ha sostenido que podrá formular la acción de amparo una tercera persona, quien actuará a nombre del titular, siempre que se acredite alguna de las siguientes calidades: *ii)* que actúa como su representante legal, en razón de la edad, discapacidad o estado de interdicción del actor; *iii)* por medio de la figura de la agencia oficiosa, pues el titular no está en condiciones físicas o psicológicas para promover la tutela de sus propios intereses; *iv)* en su papel de apoderado judicial, caso en cual deberá ostentar la calidad de abogado titulado y anexar a la demanda el poder para actuar en la causa y, por último, *v)* la condición de Defensor del Pueblo o personero municipal en los eventos autorizados por la ley.

En razón de lo anterior, se tiene que el accionante considera vulnerados sus derechos fundamentales a la seguridad social, a una vida digna y al mínimo vital, como consecuencia de la negativa por parte de la EPS SANITAS en transcribir la incapacidad que le fue generada con ocasión a un procedimiento quirúrgico adelantado por Colsanitas Medicina Prepagada, bajo el argumento de que dicha incapacidad fue emitida por un médico que no es adscrito a la red de prestadores de servicios de la EPS y, aunado a ello, porque su empleadora, la Contraloría General de la República, le pretende iniciar una actuación administrativa por abandono de cargo y el cobro de los días dejados de laborar en razón a que la EPS señala que la incapacidad en comento no es válida, razones suficientes para entablar la presente acción constitucional .

5.2.2 Legitimación en la Causa por Pasiva

De igual manera, el artículo 86 del Carta Magna, en concordancia con el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, establece que la acción de tutela podrá ser instaurada en contra de cualquier autoridad pública o privada en los casos en

que así lo señale la ley, que inobserve, vulnere o amenace la satisfacción de los derechos fundamentales de los asociados, tanto por acción como por omisión de los mismos.

Para el caso sub-júdice, es de tener en cuenta que si bien la presente acción va dirigida en contra de la Contraloría General de la República, también lo es que el accionante solicitó la vinculación de la EPS Sanitas, misma que fue vinculada de oficio por parte del Despacho al igual que a Colsanitas Medicina Prepagada, sin embargo, para el caso que ocupa resolver a este estrado en sede de tutela, no es posible determinar la legitimación en la causa por pasiva en este punto, pues en desarrollo de esta sentencia, se determinará a quien le asiste la obligación a la que haya lugar en este asunto

5.2.3 Principio de Inmediatez

El principio de inmediatez en la forma como lo ha establecido la H. Corte Constitucional, debe entenderse como un plazo razonable para interponer la acción de tutela, el cual será contado a partir del momento en que se produce la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, sin que con ello implique que haya un tiempo determinado para la procedencia de la acción, pues el artículo 86 de la Constitución Política, señala que *“toda persona tendrá acción de tutela en todo momento y lugar”* lo que quiere decir que no hay límite de tiempo para interponer la acción de amparo, no obstante, la jurisprudencia también ha señalado que no es admisible que el hecho vulnerador haya ocurrido en un momento determinado y que sin justificación alguna el afectado ponga en movimiento el aparato judicial mucho tiempo después, pues la acción de tutela es un instrumento preferente y sumario, es decir, de acción inmediata.

Frente a éste aspecto, se tiene que, con ocasión a la comunicación electrónica dada al accionante el pasado 14 de octubre de 2020 por parte de la Contraloría General de la República, en la que se le indicó al tutelante que la incapacidad pasada el 19 de febrero de 2018, es decir, después de tres (3) años, fue negada por la EPS al haber sido expedida por un profesional de la salud no adscrito a la red prestadora de servicios de Sanitas, razón por la cual la misma carecía de validez, situación con la cual se determina que a partir del 14 de octubre de 2020, el accionante consideró vulnerados sus derechos fundamentales, sin embargo, nótese que desde dicha data, el accionante ha venido adelantando

gestiones tanto al interior de la autoridad empleadora, como judiciales, con el fin de resolver de fondo su situación actual y que a la fecha considera que tales derechos le están siendo amenazados y vulnerados, razones por las cuales considera este estado judicial que, entre las actuaciones generadoras de la presunta vulneración de derechos fundamentales y la búsqueda de protección de los mismos, hay un plazo razonable en la forma como así lo ha determinado en reiterada jurisprudencia la H. Corte Constitucional, dando lugar a tener por satisfecho este requisito de procedencia de la acción de tutela.

5.2.4 Principio de Subsidiaridad.

El numeral 1° del Artículo 6° del Decreto 2591 de 1991², establece como causal de improcedencia de la acción de tutela: *“cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante” ...*

Es por ello que el Constituyente de 1991, dotó a la acción de tutela de las características de subsidiaridad y residualidad, que implica el condicionar su procedencia a que no exista otro mecanismo idóneo de defensa de los derechos invocados, o que, existiendo, el mismo no resulte eficaz, o cuya aplicación sea necesaria para evitar la configuración de un perjuicio irremediable que deba ser evitado oportunamente.

De acuerdo a este requisito de subsidiariedad, la acción de tutela es improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo a los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. No obstante, este requisito puede flexibilizarse si el juez constitucional logra determinar alguno de estos supuestos: (i) Que los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no resulten lo suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente

² Decreto 2591 de 1991, *“Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”*

vulnerados o amenazados; (ii) que se requiera la protección constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el afectado se enfrentaría a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; entendiendo este perjuicio como aquella acreditación por parte del afectado que demuestre lo siguiente: *“(a) una afectación inminente del derecho - elemento temporal respecto al daño; (b) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir la afectación; (c) la gravedad del perjuicio - grado o impacto de la afectación del derecho y (d) el carácter impostergable de los remedios para la efectiva protección de los derechos en riesgo”* y, (iii) que el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados sea sujeto de especial protección constitucional.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto y con fundamento en lo señalado por el accionante en su escrito de tutela, así como en las pruebas aportadas por este, se puede extraer lo siguiente:

En primer lugar, es necesario poner de presente que, para la reclamación de prestaciones económicas, como las pretendidas en este asunto, existen otros mecanismos de defensa judicial, ya sea ante la Superintendencia Nacional de Salud o a través de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, mismos de los cuales el accionante ya hizo uso, pues como primera medida, interpuso demanda jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud a través de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Salud, autoridad que avocó conocimiento de la demanda y posteriormente la remitió por competencia a los Juzgados Laborales del Circuito de esta ciudad, correspondiéndole por reparto al Juzgado 39, despacho judicial que avocó conocimiento y actualmente se encuentra en trámite.

Del lo anterior, se denota que el accionante ya puso en movimiento el aparato judicial sin que a la fecha se haya proferido una sentencia, ya sea condenatoria o absolutoria, además de que dichos mecanismos gozan de ser idóneos y eficaces frente a las pretensiones del actor y que garantizan de mayor manera la protección de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados, situación fáctica con la cual se descarta la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial, así las cosas, al establecer la existencia de dichos mecanismos, es claro

que la acción de amparo no se puede ser usada para este asunto como medio transitorio, hecho del cual también se desprende que la acción no puede ser usada como mecanismo definitivo, pues al interior del proceso no está demostrado si quiera de forma sumaria, que el accionante se encuentre ante la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable, pues si bien el accionante alega la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital, lo cierto es que al accionante no se le está impidiendo su derecho a laborar y, por consiguiente, tampoco se le está afectando su mínimo vital, entendido este como su sustento para sobrevivir en condiciones dignas, ahora, frente a la presunta vulneración del derecho a la seguridad social, tampoco es admisible dicha afirmación dado que la empleadora, Contraloría General de la República le está cancelando sus aportes a seguridad social, lo que conlleva a desvirtuar la afectación de su derecho a una vida digna.

Por último, el accionante no es una persona de especial protección constitucional, pues no está probado que padezca de alguna enfermedad de tipo catastrófica, que se encuentre en estado de incapacidad física o mental, ni se encuentra inmerso en ninguna otra circunstancia que lo incluya en ese grupo poblacional, situación que también hace imposible estudiar de fondo la presente acción constitucional.

Como consecuencia de los argumentos facticos y jurídicos anteriormente expuesto, este estrado judicial declarará improcedente la presente acción de tutela ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces para la protección de los derechos fundamentales incoados por el accionante, como también, porque no está demostrado al interior del presente asunto, que el tutelante se encuentre ante la inminente concurrencia de un perjuicio irremediable que amerite la intervención del juez constitucional, como tampoco está probado que el señor Santiago Ernesto sea un sujeto de especial protección constitucional, dando lugar de esta manera, a la imposibilidad de revisar de fondo las pretensiones del actor.

Finalmente, teniendo en cuenta lo anterior, se hace necesario desvincular del presente trámite tutela a la IPS SANITAS, como a la COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS S.A.

En razón y mérito de lo expuesto el **JUZGADO TREINTA LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela interpuesta por el señor **SANTIAGO ERNESTO NARVÁEZ DE LOS RÍOS**, identificado con la C.C. No. 80.165.154, identificado con la C.C. No. 98.551.863, contra la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA NACIÓN** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DESVINCULAR el presente trámite tutelar a la **EPS SANITAS**, como a la **COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS S.A.**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este sentencia.

TERCERO: NOTIFICAR la presente decisión a las partes por el medio más expedito al alcance del Juzgado.

CUARTO: De no ser impugnada la presente decisión, remítanse las diligencias ante la Honorable Corte Constitucional a efectos de su eventual revisión en la forma como se estableció en el **ACUERDO PCSJA20-11594** del 13 de julio de 2020 y demás disposiciones que lo adicionen y/o modifiquen, de regresar el expediente excluido de revisión, archívese el mismo sin nuevo auto que lo ordene.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



FERNANDO GONZALEZ
JUEZ

ACCIÓN DE TUTELA No. 110013105030-2021-00330-00
ACCIONANTE: SANTIAGO ERNESTO NARVÁEZ DE LOS RÍOS
ACCIONADO: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.
VINCULADAS: SANITAS EPS y COLSANITAS MEDICINA PREPAGADA.

Firmado Por:

Nancy Johana Tellez Silva
Secretario Circuito
Laboral 030
Juzgado De Circuito
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: **542101337f34454e3e3e38d750db27121129db3342178d20fa8d00d7de35b8f3**

Documento generado en 13/08/2021 09:26:17 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>