



JUZGADO CUARENTA LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D. C.
Bogotá D.C., cinco (5) de agosto de dos mil veintidós (2022)

I-. OBJETO POR DECIDIR

La impugnación interpuesta por la accionante **MARTHA MAGDALENA FORERO CONTRERAS** contra el fallo proferido por el **Juzgado Octavo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá**, dentro de la acción de tutela promovida por la impugnante contra **LA EPS COMPENSAR**, tramite al que se vinculó a la **PERSONERIA DE BOGOTA** por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, salud, vida digna y seguridad social.

II-. SÍNTESIS DE LA DEMANDA

1.- De la tutela

La accionante fundamenta la tutela en los hechos que sucintamente son:

- Que el 18 de noviembre de 2021 debido a una afección y dolor en un pie, asistió a una consulta médica a través del Plan de Medicina Prepagada “COLMEDICA” donde se le diagnóstico por médico especialista en Ortopedia y Traumatología, **ENFERMEDAD ACTUAL DE UN (1) AÑO DE EVOLUCIÓN, DEFORMIDAD PROGRESIVA DEL PIE IZQUIERDO, LIMITACIÓN PARA USO DE CALZADO ALTO Y LIMITACIÓN PARA ACTIVIDAD FÍSICA.**

- El 17 de diciembre de 2021, previa autorización y exámenes médicos, le practicaron una cirugía en pie izquierdo, por el especialista en Ortopedia y Traumatología, Doctor **ÁLVARO SANTIAGO GUERRERO FORERO**, en la Clínica LA COLINA, con incapacidad médica de treinta (30) días, contados desde el 17 de diciembre de 2021 hasta el 15 de enero de 2022, dado el dolor intenso y la imposibilidad para caminar; procedimiento al que se sometió debido a las demoras en la consecución y autorización con especialistas de la EPS COMPENSAR.

- El 20 de diciembre de 2021, mediante correo electrónico comunicó y allegó a la Subdirección de Desarrollo de Talento Humano de la Personería de Bogotá, la incapacidad otorgada por médico de la CLÍNICA LA COLINA.

- El 7 de enero de 2022, le fue informada por la Subdirección de Desarrollo de Talento Humano de la Personería de Bogotá, que mediante Resolución 377 se le concedió licencia por enfermedad, con ocasión de la incapacidad médica comprendida entre el 17-12-2021 al 15-01-2022.

- El 6 de abril de 2022, la EPS COMPENSAR, previa solicitud de la Subdirección de Desarrollo de Talento Humano de la Personería de Bogotá, da respuesta al correo personería@hotmail.com de la señora Nancy Camelo Barreto de la citada Subdirección con radicado PQR EN20220000130944, con documento adjunto en



Excel rechazando la incapacidad ambulatoria médico particular, argumentando que la atención que derivó la incapacidad fue por una IPS que no hace parte de la Red de la EPS COMPENSAR.

-. El 2 de mayo de 2022, a través de correo electrónico proveniente de la Subdirección de Desarrollo de Talento Humano de la Personería de Bogotá, le solicitaron realizar la transcripción de la incapacidad ante la EPS COMPENSAR, debido al trámite de reconocimiento y cobro ante la EPS accionada, la cual fue rechazada por tratarse de una IPS que no hace parte de la Red de la EPS COMPENSAR.

-. El 25 de mayo de 2022, presentó petición ante la Superintendencia de Salud, a través del radicado 20222100006228572, a efecto de emitir pronunciamiento positivo frente a la negativa de la EPS COMPENSAR a pagar la incapacidad médica otorgada por la CLÍNICA LA COLINA, pues la actora se encuentra afiliada a la Red en Salud de la EPS COMPENSAR, pero además cuenta con un Plan de Medicina Prepagada en COLMÉDICA desde hace aproximadamente dos (2) años, entidad de salud que si le ha brindado una eficiente y oportuna atención en salud con especialistas en todas las áreas y en todo momento.

-. La Superintendencia de Salud, el 26 de mayo de 2022 le informó que recibió la PQR bajo el Nro. 20222100006228572, en la cual manifestó la posible vulneración de los derechos en salud por indebida atención por parte de COMPENSAR, afirmando que COMPENSAR tiene el deber de garantizarle el derecho a la salud de la peticionaria.

-. El 6 de junio de 2022, fue informada por la Superintendencia de Salud, que la respuesta a la PQR, se encuentra registrada en el aplicativo de la entidad, en el link www.supersalud.gov.co respuesta a la que no ha podido acceder la accionante, ni ha sido allegada al correo electrónico registrado en la EPS COMPENSAR, razón por la cual aduce la actora, la petición sigue sin respuesta.

-. El 14 de junio de 2022, acudió personalmente a la ESP COMPENSAR de la Av. Calle 26, donde le fue entregada la respuesta física por la ESP COMPENSAR, ratificando que la incapacidad está catalogada con causal de no autorización incapacidad ambulatoria-medio particular y que no contemplan excepciones de ninguna índole. Ratificando de esta manera, que la EPS COMPENSAR no reconoce incapacidades ambulatorias expedidas por profesionales que no hacen parte de su red de servicios o por fuera del territorio nacional.

-. Manifiesta la actora que ella vive del salario devengado, el cual es para el cubrimiento de su mínimo vital y el no pago de la incapacidad conllevaría a quedar sin sustento por un mes, atentándosele el derecho fundamental a la vida digna.

Con fundamento en los hechos relacionados solicita tutelar los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, a la salud y a la vida digna, los cuales han sido violados por la conducta de LA EPS COMPENSAR S.A. y que se ordene a la EPS COMPENSAR el pago de la incapacidad médica comprendida entre el 17 de diciembre de 2021 al 15 de enero de 2022, por cuanto el salario devengado es el único medio de subsistencia que posee la peticionaria.



2.- Respuesta de la accionada y vinculada.

2.1. Compensar Entidad Promotora de Salud

En respuesta dada a través del Dr. Carlos Steven Pachón Bernal en calidad de Apoderado Judicial del programa de salud de la Caja de Compensación Familiar Compensar, informó que frente a la petición de la actora, es pertinente señalar que no existe expedición de incapacidades por parte de la red de IPS de COMPENSAR EPS, en vista de que la CLÍNICA LA COLINA no hace parte de la red de IPS de la accionada y la prestación del servicio se efectuó en marco de atención inicial de urgencias.

Explica que: *“no es posible el pago de incapacidades suscritas por médicos o instituciones no adscrito a la red de la EPS, a no ser que medie negativa de la EPS de prestar de manera oportuna e integral las atenciones que requiere el usuario”*. (Negrillas del texto original).

La accionada propone la excepción de Inexistencia de Vulneración de Derechos Fundamentales en el sentido que; resulta abiertamente improcedente la presente acción de tutela, como quiera que su conducta se ha ajustado a las normas legales vigentes sin vulnerar los derechos fundamentales de la accionante.

La accionada, ha brindado los servicios médicos, prestaciones asistenciales que han sido requeridas por la parte actora conforme a las coberturas del Sistema General de Seguridad Social en Salud, siendo claro que no ha existido ningún tipo de conducta que haya afectado derechos fundamentales.

Solicita declarar improcedente la presente acción respecto de COMPENSAR EPS, al no existir conducta por acción u omisión violatoria de los derechos fundamentales que invoca la parte actora.

2.2. Personería de Bogotá D.C.

En respuesta emitida a través de la Dra. Luisa Fernanda Sierra Castillo actuando como Abogada adscrita a la Oficina Asesora Jurídica de la Personería de Bogotá procedió a dar contestación en los siguientes términos:

Una vez notificada la Personería de Bogotá de la acción de tutela, se corrió traslado de la misma a la Dirección de Talento Humano de la entidad (Dependencia de la personería de Bogotá), quienes en respuesta rindieron el respectivo informe el cual se transcribe a continuación:

1. *“SUBDIRECCIÓN DE TALENTO HUMANO:*



« ANTECEDENTES.

1. La funcionaria MARTHA MAGDALENA FORERO CONTRERAS identificada con cedula de ciudadanía número 39700269 ostenta el cargo de Profesional Especializado 222-07 adscrita a la Personería Delegada para la Familia y Sujetos de Especial Protección Constitucional.
2. El pasado 20 de diciembre de 2021 la funcionaria MARTHA MAGDALENA FORERO CONTRERAS, a través de correo electrónico presentó incapacidad médica del 17 de diciembre de 2021 al 15 de enero de 2022 por 30 días expedida por la IPS Clínica la Colina.
3. Con ocasión de la incapacidad presentada, la Subdirección de Gestión del Talento Humano expidió la Resolución 337 del 21 de diciembre de 2021 mediante la cual se autoriza la licencia por enfermedad y en la nómina de enero de 2022 se aplicó la novedad de incapacidad pagando a la funcionaria el valor de \$4.787.200 por incapacidad no profesional.
4. La Subdirección de Gestión del Talento Humano, realizó el cobro y recobro de la prestación económica ante Compensar EPS, entidad de seguridad social a la cual se encuentra afiliada la funcionaria.
5. Como resultado del recobro, Compensar informó a la Entidad que la incapacidad fue rechazada y el estado es NO AUTORIZADO y la causal de rechazo es INCAPACIDAD AMBULATORIA - MEDICO PARTICULAR.
6. De acuerdo con la Circular 11 de 2019 sobre lineamientos de incapacidades de la Personería de Bogotá, la cual fue expedida teniendo en cuenta los lineamientos sobre incapacidades fijados por la Circular 017 de 2019 del Departamento Administrativo de la Función Pública Distrital DASCD, por lo que, se requirió a la funcionaria para que adelantara la tramite de transcripción de la incapacidad con intervención de la Superintendencia Nacional de salud.
7. La funcionaria remitió a esta Subdirección el número de radicado de la queja interpuesta ante la Supersalud, y el día 16 de junio de 2022 remitió la respuesta de Compensar EPS, en la cual la EPS niega nuevamente la incapacidad y señala que está catalogada con causal de no autorización INCAPACIDAD AMBULATORIA MEDICO PARTICULAR.
8. La Personería de Bogotá tiene por esta incapacidad negada una cartera de \$4.787.200.
9. El valor que sea reconocido por concepto de la incapacidad a la señora MARTHA MAGDALENA FORERO CONTRERAS, deberá ser pagado a la Personería de Bogotá, toda vez que la Entidad asumió de manera oportuna el pago de esta a la funcionaria. (Se anexa nomina enero 2022)”

IN DEL TALENTO HUMANO
Y NÓMINAS 'PERNO'
INA POR PROCESO

Página 155 de 503

Fecha Corrida 20-01-2022 08:32

Periodo Nómina 01-01-2022 / 31-01-2022

ESTADOS PLANTA

FORERO CONTRERAS MARTHA MAGDALENA		39700269	222 07	
PROFESIONAL ESPECIALIZADO				
Devengados		Deducidos		
SUELDO BASICO	30	\$4.114.306	REGIMEN SOLIDARIDAD	07 \$53,200
GASTOS REPRESENTACION		\$822.881	PORTES SALUD	COMP 08 \$212,100
PRIMA TECNICA	50	\$2.488.584	PORTES PENSION	COLF 07 \$212,100
PRIMA ANTIGUEDAD	7	\$288.001	ANDEPER	\$12,000
INCAPACIDAD NO PROFESIO		\$4.787.200	DIAS NO TRABAJADOS IN	\$7.180,800
RECONOCIMIENTO PERMANE	1	\$1.777.380	RETEFUENTE 383	9.83 \$487,000



De acuerdo con lo anterior, la Personería de Bogotá ha actuado por conducto de la Dirección de Talento Humano y a los documentos aportados, quienes en el marco de sus funciones y competencias pagaron la incapacidad a la señora MARTHA MAGDALENA FORERO CONTRERAS, a pesar de haber sido emitida por una IPS distinta a las que conforman la red prestadora de la EPS, en garantía de los derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social integral.

Solicitó declarar probada la excepción de Inexistencia de vulneración de derechos de la accionante y falta de legitimación en la causa por pasiva, dejando a salvo los intereses jurídicos de la Personería de Bogotá D.C. y desvinculándola del trámite de la acción constitucional.

III-. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 30 de junio de 2022 el Juzgado Octavo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, profirió sentencia por medio de la cual resolvió:

*“PRIMERO: NEGAR el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, salud, vida digna y seguridad social, invocados por la señora **MARTHA MAGDALENA FORERO CONTRERAS** en contra de la **E.P.S. COMPENSAR**, por las razones expuestas en esta providencia.*

*SEGUNDO: DESVINCULAR a la **PERSONERÍA DE BOGOTÁ**, por falta de legitimación en la causa. (...)*”

Fundamentó su decisión en que, el 20 de diciembre de 2021 la accionante informó la expedición de dicha incapacidad a su empleador, la PERSONERÍA DE BOGOTÁ, a través de la Subdirección de Desarrollo del Talento Humano; entidad que mediante Resolución No. 377 del 21 de diciembre de 2021 autorizó a favor de la accionante una licencia remunerada por enfermedad y en su artículo 2 ordenó el pago de la siguiente forma:

*“Artículo 2. Liquidación y pago de las prestaciones económicas derivadas de la licencia. **Ordenar el pago de \$4.787.200** moneda corriente, a favor del (a) servidor(a) **FORERO CONTRERAS MARTHA MAGDALENA CC 39700269**, por concepto de 28 día (s) que reconoce **COMPENSAR EPS** al 66.67% sobre el ingreso base de cotización (IBC) del mes inmediatamente anterior al inicio de la incapacidad, de acuerdo con la siguiente liquidación: (...)*

*El costo derivado de la licencia por enfermedad será cubierto por la Personería de Bogotá, D.C en la **nómina de 2022-01**, con cargo al rubro del presupuesto de la vigencia 2021.”* (Negrillas fuera del texto)

Por lo anterior, no se comprobó la afectación de los derechos fundamentales invocados por la accionante por la presunta omisión en el pago de la prestación



económica, particularmente la garantía al mínimo vital porque, según lo informado y probado por la PERSONERÍA DE BOGOTÁ, a la señora MARTHA MAGDALENA FORERO CONTRERAS le fue pagado el valor correspondiente a la incapacidad no profesional del 17 de diciembre de 2021 al 15 de enero de 2022 en la nómina del mes de enero de 2022.

El *a quo* concluyó que, en la actualidad no se evidencia vulneración alguna al mínimo vital de la accionante, ni sería dable sostener que la incapacidad reclamada constituye su única fuente de ingresos, por cuanto, según lo informó la PERSONERÍA DE BOGOTÁ en su contestación, la accionante ostenta el cargo de Profesional Especializado 222-07 adscrita a la Personería Delegada para la Familia y Sujetos de Especial Protección Constitucional, de lo cual se infiere que ha venido percibiendo su salario con normalidad, lo que la dota de capacidad económica para garantizarse su congrua subsistencia; al igual que no se ha visto desprovista de los ingresos necesarios para llevar una vida en condiciones dignas por la presunta falta de pago de la incapacidad, pues, se evidenció que en el mes de enero de 2022 le fue reconocido y pagado de manera efectiva el valor por parte de su empleador, por lo que no es posible ordenar a la EPS COMPENSAR realizar pago alguno a la accionante pues ello implicaría un doble pago por el mismo concepto, si existiese un valor que sea reconocido a la accionante debe ser reembolsado a la Personería de Bogotá, entidad que asumió el pago de manera oportuna.

Reitera, también, que la Corte Constitucional ha señalado que la tutela, en razón de su naturaleza subsidiaria y residual, no es el mecanismo adecuado para debatir discusiones de carácter económico, como ciertamente lo es el reembolso de incapacidades, como en el presente caso.

IV-. IMPUGNACIÓN

Inconforme con el fallo, la accionante MARTHA MAGDALENA FORERO presentó impugnación (*pdf. 010 del archivo 001 el cuaderno tutela*), señalando que:

“El Despacho no advirtió que la Personería de Bogotá en el mes de enero de 2022 afectó mis ingresos con un elevado descuento por concepto de la susodicha incapacidad, por lo cual no es verdad que la controversia deba definirse indicando que en caso de reconocer el monto de la incapacidad que tanto se ha mencionado en este trámite, ese valor deba entregarse a la Personería de Bogotá, porque esta entidad, descontó de mis haberes el respectivo valor y por lo tanto, mis ingresos sí se vieron menguados con ocasión de la incapacidad.

(...)

Sin embargo, como ya dije, los valores consignados por concepto de la incapacidad me fueron descontados por la Personería de Bogotá, como se acredita con el desprendible de pago que anexo al presente memorial, afectándose de manera sensible mis ingresos, generando un desequilibrio significativo en el monto de los recursos con que cuento para atender las obligaciones previamente contraídas.”



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Rad: 110011405 008 2022-00447-01
Acción de Tutela Segunda Instancia
Accionante: Martha Magdalena Forero Contreras
Accionada: EPS Compensar
Decisión: Confirma Fallo de Primera Instancia



COMPROBANTE DE PAGO

Periodo: Enero de 2022

Identificación CC: 39.700.269	Nombre MARTHA MAGDALENA FORERO CONTRERAS	Fecha Impresión 6 de Julio de 2022 - 12:12 pm	
CONCEPTO DEVENGADO		CANTIDAD	VALOR
SUELDO BASICO		30 DÍAS	\$ 4,114,306
GASTOS REPRESENTACION			\$ 822,861
PRIMA TECNICA		50 %	\$ 2,468,584
PRIMA ANTIGÜEDAD		7 %	\$ 288,001
INCAPACIDAD NO PROFESIONAL			\$ 4,787,200
INTERESES CESANTIAS			\$ 1,216,309
RECONOCIMIENTO PERMANENCIA		1	\$ 1,777,380
TOTAL DEVENGADO:			\$ 15,474,641
CONCEPTO DESCUENTO		DETALLE	VALOR
APORTES PENSION (COLPENSIONES)		COD 07	\$ 212,100
APORTES SALUD (COMPENSAR EPS)		COD 08	\$ 212,100
DIAS NO TRABAJADOS INCAPACIDAD			\$ 7,180,800
REGIMEN SOLIDARIDAD (COLPENSIONES)		COD 07	\$ 53,200
RETEFUENTE 383 (RETENCION)		9.83 %	\$ 487,000
SINDICATO (ANDEPER)			\$ 12,000
TOTAL DESCUENTOS:			\$ 8,157,200
NETO PAGADO: SIETE MILLONES TRESCIENTOS DIECISIETE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS M.L.			\$ 7,317,441

Conforme a lo anterior, la accionante solicita que se acceda al amparo constitucional de los derechos fundamentales invocados.

V.- RAZONAMIENTOS QUE FUNDAMENTAN LA CONCLUSIÓN

1.- Problema Jurídico

Con fundamento en los precedentes señalados, ¿se debe determinar si la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales invocados por la accionante al negarle el pago de la incapacidad médica comprendida entre el 17 de diciembre de 2021 y el 15 de enero de 2022?

2.- Procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de una prestación económica

El artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con lo previsto en los artículos 1, 5, 6, 8, 10 y 42 del Decreto-Ley 2591 de 1991, dispone los elementos que el operador jurídico debe observar con el fin de determinar la procedencia de la acción de tutela, entendiendo que estos son: (i) la legitimación en la causa (activa y pasiva); (ii) la inmediatez; y (iii) la subsidiariedad.



2.1. Legitimación por activa

Según el artículo 86 superior, la acción de tutela es un mecanismo judicial preferente y sumario, al que puede acudir cualquier persona cuando sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por los particulares en los casos señalados en la ley. En desarrollo de este mandato constitucional, el artículo 10° del Decreto-Ley 2591 de 1991, “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, precisa lo siguiente:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

2.2. Legitimación por pasiva

Respecto de la legitimación en la causa por pasiva en la acción de tutela, los artículos 5°, 13 y 42 del Decreto-Ley 2591 de 1991, prevén que esta se puede promover contra todas las autoridades públicas y, también, contra los particulares que estén encargados de la prestación de un servicio público, o, respecto de quienes el solicitante se halle en situación de subordinación e indefensión.

Bajo esta premisa, se considera que la acción constitucional objeto de revisión cumple con este requisito, en cuanto la accionada es la EPS COMPENSAR, entidad encargada de la prestación de un servicio público, como lo es, la salud.

2.3. Subsidiariedad

En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, el artículo 6° del Decreto-Ley 2591 de 1991 y la reiterada jurisprudencia constitucional sobre la materia, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario. Por lo anterior, solo procede como mecanismo de protección definitivo: (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; o (ii) cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales invocados, a la luz de las circunstancias del caso concreto. Además, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en un derecho fundamental. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, deberá ejercerse la acción en un



término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela y la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario.

De acuerdo con el sistema normativo colombiano, el recurso ordinario apto para obtener unas pretensiones que son de índole económico, como es en el caso, las cuales son tendientes a obtener el pago de una incapacidad laboral, es acudir a un proceso laboral ante la jurisdicción ordinaria.

El pago de incapacidades a una persona que sufre una afectación en su salud, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho fundamental: i) a la salud *“en la medida que permite al afiliado disponer de una suma de dinero periódica a pesar de que en estricto sentido no exista prestación de servicio, circunstancia que contribuirá a la recuperación satisfactoria de su estado de salud, puesto que le permite seguir con el tratamiento prescrito por el médico tratante y guardar el reposo requerido para su óptima recuperación”*; y ii) el derecho al mínimo vital, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, *“por cuanto constituye la única fuente de ingresos económicos que permiten satisfacer las necesidades básicas personales y familiares del actor, en la medida que posibilita la conservación del giro ordinario del proyecto vital del beneficiario y de su grupo familiar”*.

El escrito de tutela cuestiona el no pago de las incapacidades por parte de la EPS COMPENSAR; sin embargo, en principio, dicha reclamación quedaría comprendida dentro de las facultades del juez ordinario laboral.

Observando el caso, la acción de tutela la ejerce una mujer que ostenta un cargo de Profesional Especializado 222-07, se encuentra adscrita a la Personería Delegada para la Familia y Sujetos de Especial Protección Constitucional, que ha venido percibiendo su salario normalmente, que tiene capacidad económica para garantizarse su subsistencia y que no se ha visto desprovista de los ingresos necesarios para llevar una vida en condiciones dignas, no puede indilgar a la accionada unos derechos vulnerados por la falta de pago de la incapacidad, ya que, se evidenció que en el mes de enero de 2022 le fue reconocido y pagado el valor de la incapacidad por parte de su empleador.

En conclusión, se estima que la tutela no satisface el requisito de subsidiariedad, pues existe otra vía judicial, la cual es la jurisdicción ordinaria para efectuar este reclamo, que es económico.

2.4. Inmediatez

La finalidad de la acción de tutela es garantizar una protección efectiva, actual y expedita ante la transgresión o amenaza inminente de un derecho fundamental, motivo



por el cual, entre la ocurrencia de los hechos en que se funde la pretensión y la presentación del escrito de tutela, debe haber transcurrido un lapso razonable. En el evento en que no se cumpla con el requisito de inmediatez, se puede causar inseguridad jurídica frente a situaciones ya consolidadas, con lo que, a su vez, se puede afectar a terceros sobre los cuales recaiga la decisión e incluso el juez constitucional podría estar aprobando una conducta negligente de quienes se consideran afectados en sus derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta lo expuesto, si bien la incapacidad sobre la cual se reclama el pago parte el 17 de diciembre de 2021 hasta el 15 de enero de 2022, lo cierto es como se reitera, que el empleador asumió el pago de la incapacidad solicitada en la nomina del mes de enero de 2022, como se evidencio en soportes aportados por la accionante y la accionada.

De manera que en este caso no se cumple con este requisito, si se tiene en cuenta que la vulneración de los derechos invocados ya fueron asumidos por la empleadora de la accionante, toda vez que la Personería de Bogotá canceló estos valores y a la fecha de la presentación de esta tutela ya se habían cancelado las incapacidades reclamadas, lo cual no está afectando su mínimo vital y el de su familia.

3. Régimen normativo y jurisprudencial de las incapacidades médicas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud - Entidades responsables de efectuar el pago.

De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución, el Estado colombiano “*garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud*”, y con fundamento en esta disposición, se ha instituido dentro del régimen del Sistema General de Seguridad Social el reconocimiento y pago de las incapacidades, bien sean por enfermedad común, o por enfermedad profesional.

Esto, con la finalidad de soportar al afiliado durante el tiempo en que su capacidad laboral se ve mermada, en virtud del principio de solidaridad que rige el Sistema General de Seguridad Social. Así, el reconocimiento y pago de las incapacidades fueron atribuidas a los distintos agentes del sistema, dependiendo del origen de la enfermedad o accidente (común o profesional), y de la persistencia de la afectación de la salud del afiliado, en el tiempo.

Tratándose de enfermedades o accidentes de origen común, la responsabilidad del pago de la incapacidad o del subsidio por incapacidad radica en diferentes actores del sistema dependiendo de la prolongación de esta, de la siguiente manera:



Conforme al artículo 1° del Decreto 2943 de 2013, que modificó el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el pago de los dos (2) primeros días de incapacidad por enfermedad de origen común, corresponden al empleador.

A su vez, en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, el pago de las incapacidades expedidas del día tres (3) al día ciento ochenta (180) están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador¹.

4-. Derecho al diagnóstico como componente integral del derecho a la salud.

Frente al derecho al diagnóstico como componente integral del derecho a la salud, la máxima Corporación en lo constitucional ha señalado:

“De acuerdo con la jurisprudencia constitucional y diferentes disposiciones legales, el principio de integralidad en materia de salud ha sido entendido como el derecho que tiene el paciente a recibir una atención médica completa, esto es, que le sean suministrados todos los servicios que requiera para garantizar su vida e integridad física, psíquica y emocional.

La Corte Constitucional ha definido que el derecho al diagnóstico, en tanto faceta del derecho fundamental a la salud, es la garantía que tiene el paciente de “exigir de las entidades prestadoras de salud la realización de los procedimientos que resulten precisos con el objetivo de establecer la naturaleza de su dolencia para que, de esa manera, el médico cuente con un panorama de plena certeza sobre la patología y determine ‘las prescripciones más adecuadas’ que permitan conseguir la recuperación de la salud, o en aquellos eventos en que dicho resultado no sea posible debido a la gravedad de la dolencia, asegurar la estabilidad del estado de salud del afectado”.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que son tres las etapas de las que está compuesto un diagnóstico efectivo, a saber: identificación, valoración y prescripción. La etapa de identificación comprende la práctica de los exámenes previos que se ordenaron con fundamento en los síntomas del paciente. Una vez se obtengan los resultados de los exámenes previos, se requiere una valoración oportuna y completa por parte de los especialistas que amerite el caso, quienes, prescribirán los procedimientos médicos que se requieran para atender el cuadro clínico del paciente.

Teniendo en cuenta lo anterior, es dado afirmar que a través del diagnóstico médico es posible definir, en términos de cantidad y periodicidad, los servicios médicos y el tratamiento que se debe adelantar para garantizar de manera efectiva la salud del paciente y su integridad personal. Por ello, el diagnóstico ha sido entendido no solo como un instrumento que permite la materialización de una atención integral en salud, sino también como un derecho del paciente a que el profesional competente evalúe su situación y determine cuáles son los servicios, procedimientos, insumos y/o tecnologías que requiere para preservar o recuperar su salud.

En cuanto al tema relativo al grado de vinculatoriedad que tiene el diagnóstico, la Corte ha sostenido que el concepto expedido por el médico tratante adscrito a la red prestacional de

¹ Decreto Ley 019 de 2012, art.121.



la EPS a la que se encuentra afiliado el usuario, es el principal criterio para definir los servicios de salud requeridos. Ello, primero, por ser la persona capacitada en términos técnicos y científicos y, segundo, por ser el profesional que conoce el historial médico del paciente. No obstante, también ha reconocido que el diagnóstico del médico tratante no es absoluto, pues el concepto de un médico externo puede ser vinculante, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes supuestos:

- “a. La entidad conoce la historia clínica particular de la persona y, al tener noticia de la opinión emitida por un médico ajeno a su red de servicios, no la descarta con base en información científica.
- b. Los médicos adscritos valoraron inadecuadamente a la persona que requiere el servicio.
- c. El paciente ni siquiera ha sido sometido a la valoración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión.
- d. La entidad ha valorado y aceptado los conceptos de médicos no inscritos como “tratante”, incluso en entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.”

- En esos eventos, el concepto médico externo vincula a la entidad prestadora del servicio, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones suficientes, razonables y científicas, adoptadas en el contexto del caso concreto. Tal resultado puede ser derivado del concepto de uno o varios médicos adscritos a la EPS.

Por otro lado, en la sentencia T-904 de 2014, esta Corte precisó que la exigencia de un diagnóstico o concepto médico para suministrar el medicamento, incluido o no en el POS, impone un límite al juez constitucional, en tanto no puede ordenar el reconocimiento de un servicio sin la existencia previa de un concepto profesional, en el que se determine la pertinencia del tratamiento a seguir respecto de la situación de salud por la que atraviesa el enfermo, pues de hacerlo estaría invadiendo el ámbito de competencia de la lex artis que rige el ejercicio de la medicina.

- En conclusión, el derecho al diagnóstico es un aspecto integrante del derecho a la salud, por cuanto es indispensable para determinar cuáles son los servicios y tratamientos que de cara a la situación del paciente resultan adecuados para preservar o recuperar su salud. En lo que respecta al diagnóstico del médico tratante adscrito a la EPS, la Corte ha determinado que no es absoluto, en tanto el concepto de un médico externo puede llegar a ser vinculante, entre otros casos, cuando la EPS conoce la historia clínica particular de la persona y, al tener noticia de la opinión emitida por un médico ajeno a su red de servicios, no la descarta con base en información científica (...)². (Subraya y negrita fuera de texto).

5.- Análisis del caso concreto.

Del estudio de las pretensiones invocadas por la accionante, indicó que con ocasión de una afección y dolor en un pie el 18 de noviembre de 2021 y previa autorización y exámenes médicos, le practicaron una cirugía en pie izquierdo el 17 de diciembre de 2021, con el Doctor ÁLVARO SANTIAGO GUERRERO FORERO, especialista en Ortopedia y Traumatología en la Clínica LA COLINA, en la cual le otorgaron una

² Sentencia T-036 de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo.



incapacidad médica de treinta (30) días, contados desde el 17 de diciembre de 2021 hasta el 15 de enero de 2022.

Se encuentra probado documentalmente que la Subdirección de Desarrollo de Talento Humano de la Personería de Bogotá le informó el 7 de enero de 2022 que mediante Resolución 377 se le concedió licencia por enfermedad, con ocasión de la incapacidad médica comprendida entre el 17-12-2021 al 15-01-2022.

Que el 6 de abril de 2022, la EPS COMPENSAR, previa solicitud de la Subdirección de Desarrollo de Talento Humano de la Personería de Bogotá, rechaza la incapacidad ambulatoria médico particular, argumentando que la atención que derivó la incapacidad fue por una IPS que no hace parte de la Red de la EPS COMPENSAR.

En el plenario está probado que mediante la Resolución No. 377 del 21 de diciembre de 2021 se autorizó a favor de la señora MARTHA MAGALENA FORERO CONTRERAS una licencia remunerada por enfermedad y ordenó el pago de \$4.787.200, a favor de la accionante, por concepto de 28 días, en la que informa que el costo derivado de la licencia por enfermedad será cubierto por la Personería de Bogotá, D.C en la nómina de enero de 2022, con cargo al rubro del presupuesto de la vigencia 2021.

En síntesis, para que la entidad promotora de servicios de salud, en determinada circunstancia acoja la orden médica dada por un profesional no adscrito a aquella, vr. gr. practicar el procedimiento requerido por el paciente, debe, en primera medida, existir una valoración científica y médica efectuada por la misma entidad de salud a la que se encuentre afiliado el accionante, la cual a través de conceptos científicos acogerá o no dicho criterio; situación que en este caso en concreto no se presenta como quiera que la accionante acudió directamente a su plan de medicina prepagada, omitiendo acudir a través de los médicos adscritos a la EPS accionada; sin que se evidencie que por parte de este hubo negligencia o negativa en la atención o prestación del servicio de salud requerido por la actora; pues se itera que el propósito de la E.P.S. con la autorización de la consulta es validar los procedimientos y demás valoraciones que se le vayan a realizar a su afiliada; de otra parte, no se encuentra probado que la EPS accionada no contaba con los elementos médico-quirúrgicos idóneos para realizar el procedimiento que de manera libre y por fuera de su EPS decidió la accionante practicarse en otro centro médico por fuera de la red de prestadores de servicios de salud de su EPS, sin contar con la anuencia o autorización de ésta.

De conformidad con lo anterior, se evidencia que en el presente asunto no se comprueba la afectación de los derechos fundamentales conculcados por la accionante por la negación en el pago de la prestación económica por la incapacidad derivada del periodo comprendido entre el 17 de diciembre de 2021 hasta el 15 de enero de 2022, y no es dable ordenar por esta vía residual y subsidiaria a la EPS que asuma el costo de la incapacidad otorgada a la accionante por un profesional de la salud que no hace parte de su red de prestadores de servicios (IPS); sin que



previamente la accionante hubiere acreditado que adelantó el trámite correspondiente para la posible transcripción de su incapacidad; pero sin que sea dable impartir orden alguna a la EPS para que acepte, sin mayores miramientos, la incapacidad que de manera particular le presenta su usuaria o afiliada.

Tampoco puede darse orden a la Personería de Bogotá para que se abstenga de ordenar la devolución de la incapacidad reconocida y pagada a la actora y que, finalmente, no fue aceptada por la EPS pues no existe razón válida alguna para que aquella como empleador de la accionante, asuma dicho pago.

En conclusión, la acción de tutela versa sobre una controversia de índole económica que radica en la negación de un pago de una incapacidad médica y frente a esta situación el Despacho advierte que este mecanismo constitucional resulta improcedente para resolverla; además de que, ya que como se explicó en la parte motiva, no se acreditó la vulneración y los perjuicios invocados por la accionante.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, actuando como juez constitucional,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela proferido el 30 de junio de 2022, por el Juzgado Octavo (08) Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C., conforme a las razones expuestas.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE lo decidido a las partes por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: REMÍTASE a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

El Juez,

DIDIER LÓPEZ QUICENO