



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO DIECIOCHO LABORAL  
DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Medellín, primero de noviembre de dos mil veintidós

PROCESO	Acción de tutela
ACCIONANTE	Yonni Alexander Guisao Mejía
ACCIONADO	Salud Total EPS.
VINCULADO	Auge Desarrollos S.A.S
RADICADO	05001 41 05 004 2022 00614 01
PROVIDENCIA	Sentencia 157 de 2022
INSTANCIA	Segunda
DECISIÓN	Confirma

Procede el Despacho a decidir sobre la impugnación presentada por el accionante en contra de la sentencia de primer grado emitida el 27 de septiembre de 2022 por el Juzgado Cuarto Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Medellín

#### FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Manifiesta el accionante YONNI ALEXANDER GUISAO MEJÍA que, labora en la empresa Auge Desarrollos y está afiliado a la EPS Salud Total; que está diagnosticado con tuberculosis de pulmón, padecimiento por el que estuvo hospitalizado desde el 04 al 07 de agosto de 2022, al egresar de la clínica Sagrado Corazón de Medellín le fue expedida la respectiva incapacidad y le recomendaron como manejo ingresar al programa Control en Programa TB de EPS; comenta que al no ser citado por la EPS el 12 de agosto de 2022 se presentó en la EPS donde el médico le indicó que no podía emitir ninguna incapacidad posterior a la del 7 de agosto, pese a que por su diagnóstico debía estar aislado, y que debía seguir esperando el ingreso al programa de tuberculosis.

Adiciona que solo hasta el 30 de agosto de 2022 se le garantizó el ingreso al programa de tuberculosis, fecha en la cual le expidieron incapacidad hasta el 28 de septiembre de 2022, 22 días después de haber sido dado de alta de su hospitalización y que por el período comprendido entre el 8 al 29 de agosto de 2022 no le fue expedida la incapacidad correspondiente. Informa que su salario es el único recurso económico con el que cuenta para solventar sus necesidades básicas y las de su señora madre.

## PRETENSIONES.

Con fundamento en lo anterior, la parte accionante pretende se protejan los derechos fundamentales invocados, ordenando a emitir las incapacidades del período comprendido entre el 8 y el 29 de agosto de 2022 y su respectivo pago.

## RESPUESTA DE LA ACCIONADA.

SALUD TOTAL EPS rindió informe indicando que el único caso en que se generan incapacidades retroactivas, es en caso de Hospitalización, y que teniendo en cuenta que la atención del señor Yonni Alexander era ambulatoria, dicha solicitud de incapacidad por las fechas solicitadas NO es procedente.

Solicita declarar improcedente la acción de tutela, toda vez que el médico tratante es el único profesional idóneo para determinar si un usuario, requiere o no incapacidad, adicionalmente porque la ley prohíbe el reconocimiento de incapacidades retroactivas.

## DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Despacho de Primera Instancia, mediante providencia del 27 de septiembre de 2022, decidió conceder el amparo constitucional, ordenando el reconocimiento y pago de las incapacidades causadas desde el 8 al 29 de agosto de 2022 a favor del accionante, argumentando que, si bien por disposición legal no resulta procedente la expedición de incapacidades retroactivas por parte del médico tratante, lo cierto es que en este caso la omisión en el reconocimiento de las mismas obedeció a la desidia de la entidad al no programar de manera oportuna la consulta para autorizar el ingreso al programa de tuberculosis, y ello no puede ser oponible al paciente, quien no tenía la capacidad para desarrollar sus actividades laborales, y en consecuencia, la imposibilidad de proveerse sustento a través del único ingreso económico que percibe.

## IMPUGNACIÓN.

Pretende SALUD TOTAL EPS que se revoque la sentencia de Primera Instancia insistiendo que el accionante no cuenta con incapacidades transcritas ente el 8 y 29 de agosto de 2022, y que en el único caso en que se generan incapacidades retroactivas, es en caso de Hospitalización, teniendo en cuenta que la atención del señor YONNI ALEXANDER era ambulatoria, por lo anterior dicha solicitud de incapacidad por las fechas solicitadas NO es procedente.

## COMPETENCIA

Es competente esta agencia judicial para conocer en segunda instancia de esta acción por mandato del artículo 32 del decreto 2591 de 1991.

## PROBLEMA JURÍDICO

En este asunto el problema jurídico radica en determinar si debe accederse a la revocatoria de la providencia impugnada y, en su lugar, declararla improcedente como lo pretende la accionada, o si, por el contrario, debe confirmarse la decisión y ordenar la expedición y pago de las incapacidades retroactivas al estar el paciente, para ese lapso de tiempo, en atención ambulatoria.

Encuentra esta judicatura que debe confirmarse en su totalidad la decisión de primera instancia, al considerarse acertada la concesión del amparo constitucional como pasa a explicarse:

## CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991, señalan que procede la acción de tutela para reclamar la protección inmediata a derechos fundamentales ante la vulneración o amenaza de la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particulares que cumplan función pública. Un aparte de la norma es el siguiente:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces..., la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

(...)

la ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.”

De acuerdo a la disposición antes citada, debe indicarse que la tutela es procedente ante cualquier entidad pública de cualquier nivel o de un particular en los casos señalados jurisprudencialmente, con el fin de solicitar la protección de los derechos fundamentales que se consideren amenazados o vulnerados por ellas.

Ahora, debe traerse a colación el concepto de subsidiariedad de la acción de tutela, indicándose que de acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, esta acción se instituyó a favor de toda persona, cuando uno o varios de sus derechos fundamentales han sido quebrantados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de un particular. Ello quiere decir que resulta indispensable la existencia de un perjuicio o

amenaza inminente de que se cause el daño, en relación con un derecho fundamental para que la acción de tutela tenga cabida y prosperidad.

De esa forma se ha explicado por la H. Corte Constitucional, en los siguientes términos:

“El procedimiento preferente y sumario de que se trata pierde su razón de ser cuando los fines perseguidos por el accionante son diversos del enunciado objeto. De allí que no resulte admisible si los derechos en juego no son fundamentales, o si se busca remediar situaciones o dirimir controversias respecto de las cuales el sistema jurídico tiene establecidas normas, acciones y procedimientos ordinarios, pues la tutela es una institución que se integra a las existentes dentro de una concepción sistemática del ordenamiento jurídico y, por ende, no se la puede concebir como fórmula de indiscriminada aplicación ni como sustituto de los procesos que normalmente se tramitan ante jueces y tribunales” (Sentencia T 550 DE 1994).

En ese sentido debe indicarse que la acción de tutela constituye en sí misma un mecanismo y garantía que la constitución le otorga a toda persona para acudir ante un juez en defensa de sus derechos fundamentales, siendo un instrumento autónomo, subsidiario y de aplicación inmediata para la protección de éstos, cuando quiera que sean violados o amenazados por una autoridad pública, o por personas privadas en algunos casos específicos previstos por el legislador, cuando el afectado se halla en estado de indefensión frente al trasgresor, por conductas activas u omisivas, con las que se viola o pone en peligro de vulneración aquellos derechos fundamentales. Pero se requiere que no exista otro medio defensivo; o que, existiendo, no sea eficaz para evitar la consolidación de un perjuicio irremediable; pues, en este caso procede la tutela como mecanismo transitorio.

Si bien la acción de tutela no es un medio alternativo ni complementario de las decisiones de otras autoridades, puede proceder cuando se encuentra plenamente acreditado que la parte actora no pudo utilizar las otras acciones de defensa por encontrarse en alguna situación que, desde el punto de vista fáctico o jurídico, se lo impedía por completo y, en cuyo caso, la aplicación de la regla señalada le causaría un daño de mayor entidad constitucional que el que se derivaría del desconocimiento del criterio general enunciado.

Por lo tanto, y teniendo en cuenta la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P.) y en la necesidad impuesta por la Constitución Política, de dar efectividad a los derechos fundamentales (arts. 2, 5 y 86 C.P.), el juez constitucional debe determinar en cada caso en concreto la eficacia del medio judicial o administrativo que formalmente se muestra como alternativo, para establecer si en realidad, consideradas las circunstancias del solicitante, se está ante un instrumento que sirva a la finalidad específica de garantizar materialmente y con prontitud el pleno disfrute de los derechos conculcados o sujetos a amenaza - Sentencia SU-086 de 1999.

No obstante, como se ha explicado, la tutela resulta procedente en los asuntos en los cuales, se demuestre que, a pesar de disponerse de otros mecanismos ordinarios para la defensa de los derechos fundamentales, éstos no cuentan con idoneidad para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Dicho perjuicio se caracteriza, según los parámetros fijados por la alta Corporación:

“...(i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad (citado en sentencia T- 275 de 2012). No obstante, la tutela resulta procedente en los asuntos en los cuales, se demuestre que a pesar de disponerse de otros mecanismos ordinarios para la defensa de los derechos fundamentales, éstos no cuentan con idoneidad para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Dicho perjuicio se caracteriza, según los parámetros fijados la alta Corporación:

Ahora, en cuanto al reconocimiento de las incapacidades, dependiendo del evento que dé origen a la incapacidad, ya sea la ocurrencia de una enfermedad o accidente general o de tipo laboral, el reconocimiento y pago de las incapacidades se llevará a cabo por parte de las Empresas Promotoras de Salud (EPS) como integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud o por las administradoras de riesgos laborales (ARL) como integrantes del Sistema General de Riesgos Laborales, según corresponda, por regla general.

La Resolución 2266 de 1998 “Por la cual se reglamenta el proceso de expedición, reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones económicas por incapacidades y Licencias de Maternidad en el Instituto de Seguros Sociales.”, señala lo siguiente:

“(…) ARTICULO 1o. DE LA INCAPACIDAD. Se entiende por incapacidad el estado de inhabilidad física o mental de una persona que le impide desempeñar en forma temporal o permanente su profesión u oficio.

ARTICULO 2o. DE LOS RIESGOS QUE ORIGINAN LA INCAPACIDAD. La incapacidad se origina por: Accidente de Trabajo o Accidente Común, Enfermedad Profesional o Enfermedad General.

(…) ARTICULO 9o. DE LA NATURALEZA DEL ACTO DE EXPEDICIÓN DEL CERTIFICADO. La expedición del certificado constituye un acto de carácter profesional libre y responsable, que compromete ante el ISS y ante las autoridades competentes, tanto al médico u odontólogo que lo expide, así como a cualquier persona que intervenga en su emisión.

PARAGRAFO. Todo profesional médico u odontólogo debe evaluar personalmente el estado clínico del afiliado antes de expedir el certificado de incapacidad, o de licencia por maternidad.

(...) ARTICULO 12. DE LA EXPEDICIÓN DE CERTIFICADOS DE INCAPACIDAD EN EVENTOS OCURRIDOS CON RETROACTIVIDAD A LA FECHA DE ATENCIÓN. No se puede expedir certificado de incapacidad con vigencia retroactiva en el caso de pacientes de atención ambulatoria.

PARAGRAFO. Se exceptúan de esta prohibición aquellos casos en los cuales se determina que el episodio de ausentismo laboral tuvo origen en trastornos de la memoria, confusión mental, desorientación en tiempo y espacio y otras alteraciones de la esfera psíquica, como consecuencia de patología psiquiátrica, causas orgánicas o intoxicación con psicotrópicos y/o alcohol y accidentes de Trabajo que generen politraumatismo severo. En estos eventos el certificado lo puede expedir únicamente el médico especialista tratante y su retroactividad no debe ser superior a treinta (30) días calendario, contados a partir de la fecha de expedición.

Así mismo se exceptúan aquellos casos de atención ambulatoria plenamente justificados, siempre y cuando la retroactividad no sea superior a tres (3) días calendario, dejando el médico tratante expresa constancia del hecho en la historia clínica.”

A su vez el Ministerio de Salud mediante Concepto 201611601257471, estudió el tema sobre Incapacidades Retroactivas así:

“Ahora bien, en cuanto a la expedición de incapacidades retroactivas de origen común, la Subdirección de Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud, con el memorado de registro 20164200138253 ha indicado, que no se puede expedir certificado de incapacidad con vigencia retroactiva en el caso de pacientes de atención ambulatoria, exceptuándose de esta prohibición aquellos casos en los cuales se determina que el episodio de ausentismo laboral tuvo origen en trastornos de la memoria, confusión mental, desorientación en tiempo y espacio y otras alteraciones de la esfera psíquica, como consecuencia de patología psiquiátrica, causas orgánicas o intoxicación con psicotrópicos y/o alcohol y accidentes de trabajo que generen politraumatismos severo.

En estos eventos el certificado lo puede expedir únicamente el médico especialista tratante y su retroactividad no debe ser superior a treinta (30) días calendario, contados a partir de la fecha de expedición.

Así mismo, se exceptúan aquellos casos de atención ambulatoria plenamente justificados, siempre y cuando la retroactividad no sea superior a tres (3) días calendario, dejando el médico tratante expresa constancia del hecho en la historia clínica. (...)

Finalmente, en materia de retroactividad en la expedición de incapacidades de origen común y laboral, actualmente no existe normativa alguna que defina un alcance a dicha noción, por tal razón, las EPS aplican el criterio que en su momento existió y que fuera establecido en la Resolución 2266 de 1998, para el entonces Instituto de los Seguros Sociales.

Mediante Concepto con Radicado 201911601083761, el mismo Ministerio de Salud, señaló:

(...)

En primer lugar, debe indicarse que la Subdirección de Costos y Tarifas de este Ministerio, mediante escrito con radicado No. 2014116000265363 del pasado 28 de octubre de 2014, emitió concepto sobre la expedición de incapacidades en el cual señaló lo siguiente:

“(...)

Por otra parte, la única normatividad que hace referencia al tema de consulta es la resolución 2266 de 1998 “Por la cual se reglamenta el proceso de expedición, reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones económicas por incapacidades y Licencias de Maternidad en el Instituto de Seguros Sociales.” que en su artículo 12 establece lo siguiente y que por analogía se puede aplicar:

“ARTICULO 12. DE LA EXPEDICIÓN DE CERTIFICADOS DE INCAPACIDAD EN EVENTOS OCURRIDOS CON RETROACTIVIDAD A LA FECHA DE ATENCIÓN. No se puede expedir certificado de incapacidad con vigencia retroactiva en el caso de pacientes de atención ambulatoria

(...) Sobre el particular, esta Dirección señala que no hay norma en el Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS, que regule en concreto la retroactividad de las incapacidades, sin embargo, las EPS vienen aplicando el criterio establecido en la mentada resolución para el reconocimiento de las incapacidades (...)”

#### ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Para desatar la impugnación en este asunto debe indicarse que el impugnante controvierte la decisión de primera instancia argumentando que el accionante no cuenta con incapacidades trascritas ente el 8 y 29 de agosto de 2022, y que en el único caso en que se generan incapacidades retroactivas, es en caso de hospitalización, y que la atención del accionante era ambulatoria, por lo anterior dicha solicitud de incapacidad por las fechas solicitadas no es procedente.

En este caso, se observa que los periodos de las incapacidades que pretende el accionante sean expedidas y pagadas son retroactivas, y durante ese lapso de tiempo ya había egresado de hospitalización y se encontraba en atención ambulatoria.

En esa medida, esta acción resultaría aparentemente improcedente para reclamar el pago de las incapacidades referidas, en razón a que la controversia no se limitaría únicamente sobre la afectación del mínimo vital sino sobre la validez de los certificados de incapacidad.

Como vimos en precedencia, el artículo 12 de la Resolución 2266 de 1998 estipula que no se puede expedir certificado de incapacidad con vigencia retroactiva en el caso de pacientes de atención ambulatoria. Pero también establece el mismo artículo que se exceptúan aquellos casos de atención ambulatoria plenamente justificados.

En ese orden de ideas, si bien el señor Yonni Alexander Guisao Mejía estuvo hospitalizado entre el 04 y 07 de agosto de 2022, al egresar de la clínica Sagrado Corazón de Medellín le ordenaron permanecer en aislamiento, e ingresar al programa Control en Programa TB de EPS, también lo es que la entidad de salud no le asignó de manera oportuna la cita para el programa de Tuberculosis, tanto que a pesar de su orden de aislamiento por su diagnóstico que le imposibilitó laborar y percibir algún ingreso económico en el intervalo del 08 de agosto hasta el 29 de agosto de 2022, tuvo que presentarse ante la entidad en varias oportunidades para conseguir ser incorporado al programa de tuberculosis, lo que se dio el 30 de agosto de 2022.

Por consiguiente, es claro para esta juzgadora que el lapso en que no se expidieron las incapacidades –entre el 8 y el 29 de agosto de 2022- el paciente estaba cumpliendo con una orden médica de aislamiento como parte de su tratamiento ambulatorio, lo que se ajusta a la excepción de expedir certificado de incapacidad con vigencia retroactiva, del artículo 12 de la Resolución 2266 de 1998, de esta manera, esta puede utilizarse de forma analógica en materia laboral para resolver sobre las incapacidades retroactivas, en la medida que el régimen normativo que regula tales eventualidades no existe una norma que regule tal aspecto.; por lo que se confirmará.

Así las cosas, teniendo en cuenta todas las argumentaciones plasmadas, esta dependencia deberá confirmar la decisión del A quo.

Finalmente, se ordenará la notificación de este fallo en la forma establecida en el Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, y una vez alcance ejecutoria formal la remisión a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

#### DECISIÓN.

Por lo anterior, el JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, administrando Justicia en nombre de la República y por mandato Constitucional,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el JUZGADO CUARTO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE MEDELLÍN el 27 de septiembre de 2022, donde actúa como accionante el señor YONNI ALEXANDER GUISAO MEJIA y como accionada SALUD TOTAL EPS S.A.S

SEGUNDO: ORDENAR LA NOTIFICACIÓN de este fallo en la forma establecida en el art. 30 del Decreto 2591, una vez alcance ejecutoria formal, se enviará lo actuado ante la H. Corte Constitucional con miras a su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE



ALBA MERY JARAMILLO MEJIA  
JUEZA

ERG