



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado Décimo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías

SIGCMA

Barranquilla, Veintitrés (23) de Julio de dos mil veinte
(2020).-

Asunto: **ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE TUTELA.**

Radicado: No. 2020-00029-00.

Accionante: DIANA LOPEZ FLORIAN

Accionada: SURA E.P.S.

OBJETO A DECIDIR:

Procede el Despacho a decidir dentro del presente procedimiento de tutela que invocara la señor DIANA LOPEZ FLORIAN, identificada con C.C No 1.235.249.773, quien actúa en nombre propio contra SURA E.P.S, a fin de que se le protejan sus derechos que considera vulnerados, consagrados en nuestra Constitución Política, como lo es el derecho la salud en conexidad con la seguridad social.

HECHOS:

Los hechos relatados por la accionante señora DIANA LOPEZ FLORIAN, en la acción Constitucional se pueden resumir de la siguiente manera:

- Que es afiliada a la EPS SURA, desde el año 2018, como trabajadora dependiente.
- Que en el mes de marzo de 2020, el Gobierno Nacional decretó una emergencia sanitaria a raíz de la pandemia del COVID-19, decretando un aislamiento social obligatorio.
- Que igualmente el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud, estableció protocolos de bioseguridad que tanto la accionante como la empresa donde labora, siguen de manera estricta.
- Que el día 29 del mes de mayo de 2020, fue atendida por la EPS SURA y le notificaron que le debían hacer la prueba de COVID-19, y le dieron tres (3) días de incapacidad.
- Que a raíz de esta solicitud, la EPS le ordenó aislarse en su residencia desde el día 29 de mayo de 2020.
- Que después de tanto llamar, la EPS SURA le realizó la prueba de COVID-19 el 10 de junio de 2020, y le dio 1 (un) día de incapacidad y a la fecha estoy esperando los resultados.
- Que desde el 29 de mayo en que la EPS SURA, ordenó su aislamiento en su lugar de residencia, solo le han expedido cuatro (4) días de INCAPACIDAD MEDICA, lo que coloca en grave peligro y riesgo su

salario y su mínimo vital y móvil, y como agravante la empresa le realizó la prueba y el resultado fue POSITIVO.

- Que por su condición de operaria de producción, por las funciones operativas que realizó en la empresa no me pueden asignar trabajo en casa.

- Que solicita este amparo constitucional, porque su situación se puede agravar y su salud y su vida corren un grave peligro y riesgo ante la negligencia y omisión de la EPS SURA, que hace que su situación física, anímica, moral y de todo tipo se vea más afectada, lo que ocasiona una afectación a una vida digna.

El accionante aporta como pruebas al expediente, las siguientes:

- Copia de Incapacidad médica.
- Copia Cedula de Ciudadanía.

CONTESTACIÓN:

Al corrersele traslado de los hechos que motivaron la presente acción de tutela la **SURA E.P.S.**, esta mediante escrito allegado a través del correo electrónico institucional j10pmgba@cendoj.ramajudicial.gov.co , el día 28 de junio de 2019, rinde sus descargos manifestando que:

Que la señora DIANA PATRICIA LOPEZ FLORIAN se encuentra afiliada a EPS SURA en el régimen contributivo en calidad de cotizante, lo cual se acredita con el certificado descargado de la página web ADRES que se adjunta con el presente escrito.

Que la accionante solicita a través de la presente acción que E.P.S SURA expida las incapacidades desde el 29 del mes de mayo del año 2020 y por el tiempo que sea necesario, teniendo en cuenta que dio positivo para COVID-19.

Que con ocasión a la presente acción de tutela se verifica la atención medica recibida encontrando lo siguiente:

**07-07-2020 Orientación Telefónica Medico Coronavirus (Covid19)
LINA MARIA PARRA RODRIGUEZ ARL. 12:13 p.m. Dx: U071 COVID-19
(virus identificado) Adicionalmente la paciente fue valorada el
10 de julio de la presente anualidad.**

**10-07-2020 Telemedicina Interactiva Medico General APP SURA
ELIANA DEL CARMEN CORTES GARCIA POS. 01:48 p.m. Dx: Z719
CONSULTA, NO ESPECIFICADA.**

Que con base a lo anteriormente expuesto, y atendiendo a los lineamientos del Ministerio sobre generación de incapacidades, no es procedente lo pretendido por la accionante.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS:

Competencia.-

Este despacho es competente para conocer de la presente acción, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991.

Problema Jurídico.-

Corresponde al Despacho establecer si SURA E.P.S. ha vulnerado a la actora señora DIANA LOPEZ FLORIAN su derecho fundamental a la salud en conexidad con la seguridad social, como consecuencia de no expedirle las incapacidades que requiere por dar positivo para COVID 19 en una prueba particular llevada a cabo en la empresa donde trabaja.

MARCO JURIDICO Y ANTECEDENTE JURISPRIDENCIAL.

El despacho frente al problema jurídico presentado por la actora estudiará:

(i) El derecho al diagnóstico como componente esencial del derecho fundamental a la salud. (ii) Expedición de incapacidades medicas con efectos retroactivos. (iii) Facultad exclusiva del médico tratante para la expedición de incapacidades laborales. Y (iv) Resolución del Caso Concreto.

(i) El derecho al diagnóstico como componente esencial del derecho fundamental a la salud.

En múltiples pronunciamientos, esta Corporación ha señalado que el derecho a la salud no sólo incluye la potestad de solicitar atención médica, es decir, tratamientos, procedimientos quirúrgicos o terapéuticos, medicamentos o implementos correspondientes al cuadro clínico, sino, también el derecho a un diagnóstico efectivo¹.

El derecho al diagnóstico², ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como *"la seguridad de que, si los facultativos así lo requieren, con el objeto de precisar la situación actual del paciente en un momento determinado, con miras a establecer, por consecuencia, la terapéutica indicada y controlar así oportuna y eficientemente los males que lo aquejan o que lo pueden afectar, le serán practicados con la prontitud*

¹ Sobre el concepto y alcances del derecho al diagnóstico, ver, entre otras, las sentencias T-366 de 1992, T-849 de 2001, T-775 de 2002, T-867 de 2003, T-364 de 2003, T-343 de 2004, T-178 de 2003, T-101 de 2006, T-346 de 2006, T-887 de 2006.

² El literal 10 del artículo 4 del Decreto 1938 de 1994 define el diagnóstico como "todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras para el paciente y la comunidad".

*necesaria y de manera completa los exámenes y pruebas que los médicos ordenen*³.

Adicionalmente, esta Corporación ha señalado que el derecho al diagnóstico le *"confiere al paciente la prerrogativa 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"*⁴

En esta línea, la Corte ha determinado que el derecho al diagnóstico está compuesto por tres preceptos: *"(i) la práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente, (ii) la calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso, y (iii) la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles."*⁵

Sobre este punto, es preciso tener en cuenta que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -cuyo criterio es relevante a la hora de determinar el alcance de los derechos sociales⁶-, en su Observación General No. 14⁷ al interpretar el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, estableció como *"elementos esenciales e interrelacionados"* del derecho a la salud, (i) la disponibilidad, (ii) accesibilidad, (iii) aceptabilidad y (iv) calidad.

En este orden de ideas, la Corte ha determinado que:

"Forma parte del principio de calidad en la prestación del servicio de salud la exigencia de especificar desde el punto de vista médico, la condición de salud de los afiliados al sistema. Así, existe en estricto sentido, un derecho al diagnóstico, cuyo

³ Sentencia T-849 de 2001.

⁴ Sentencia T-274 de 2009.

⁵ Sentencia T-717 de 2009.

⁶ Para precisar el contenido del derecho a la Salud, la Corte, partiendo de lo prescrito por el artículo 93 de la Constitución Política, ha acudido a los tratados internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado colombiano relacionados con la materia, en particular el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales -aprobado por el Estado colombiano mediante la Ley 74 de 1968-, y a las interpretaciones que de éste ha hecho su órgano autorizado: el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 14, adoptada durante el 22º periodo de sesiones en el año 2000.

contenido normativo se refiere a que las empresas prestadoras del servicio están obligadas a determinar la condición médica de sus usuarios. [...] Forma parte de los deberes de quienes prestan el servicio, emitir estas calificaciones, sin las cuales no podría existir prescripción médica alguna que soportara la necesidad de una prestación (medicamento o tratamiento). El servicio de salud no podría prestarse de manera satisfactoria, atendiendo el principio de calidad, si no existiera la obligación de emitir un diagnóstico médico del estado de salud de los afiliados"⁸ (énfasis fuera del texto).

A manera de conclusión, la entidad encargada de la prestación del servicio de salud, independientemente del régimen de salud del cual forme parte, debe velar por brindar una atención integral y de calidad a todos sus afiliados. Por consiguiente, dicha entidad, ante la disfuncionalidad de algún órgano o sistema del cuerpo humano de alguno de sus usuarios, tiene la obligación de emitir un diagnóstico y de suministrar los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, seguimiento y demás requerimientos que un médico tratante considere necesarios para atender el estado de salud de ese determinado usuario.

La ha sostenido de manera reiterada, que los jueces de tutela no son competentes para ordenar tratamientos médicos no prescritos por el médico tratante del paciente, resaltado que *"la intervención del juez no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico por los criterios y conocimientos del juez, sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente"*⁹.

En esta línea, la Corte ha establecido, que *"el acceso a los servicios médicos está sujeto a un criterio de necesidad y el único con los conocimientos científicos indispensables para establecer la necesidad de un servicio de esta naturaleza es, sin duda alguna, el médico tratante"*¹⁰.

Ello por cuanto, el tratante (i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que puedan existir respecto de su condición de salud, lo que conlleva a que sea quien tenga la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad de un determinado servicio de salud; y (iii) actúa en nombre de la entidad que presta el servicio.

Al respecto se ha afirmado lo siguiente: *"En términos generales, los jueces carecen del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular. Por ello, podría, de buena fe*

⁸ Sentencia T-398 de 2008.

⁹ Sentencia T-059 de 1999.

¹⁰ Sentencia T-427 de 2005.

pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, [...] -lo cual supone un desaprovechamiento de los recursos - o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos”¹¹.

Por ello, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se preste un determinado servicio de salud que éste haya sido ordenado por el médico tratante.

(ii). Expedición de incapacidades medicas con efectos retroactivos.-

En materia de retroactividad en la expedición de incapacidades de origen común, 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 1998¹², para el entonces Instituto de los Seguros Sociales, así:

"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.¹²

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."

(iii) Facultad exclusiva del médico tratante para la expedición de incapacidades laborales.

Así lo indicó el Ministerio de Salud en un reciente concepto, al expresar que el tratamiento o manejo que requiera un paciente dependerá del criterio del médico tratante.

¹¹ Sentencia T-1325 de 2001.

¹² RESOLUCION 2266 DE 1998 (agosto 6) Diario Oficial No. 43.362, del 13 de agosto de 1998.

Señaló que el profesional de la salud en ejercicio de su autonomía, la cual se encuentra descrita en el artículo 105 de la Ley 1438 del 2011 y el artículo 17 de la Ley 1751 del 2015, podrá adoptar las decisiones relativas al diagnóstico de sus pacientes, lo que incluye la posibilidad de expedir incapacidades, si así lo considera.

El artículo 50 de Ley 23 de 1981, señala que el médico tratante podrá expedir certificado médico, el cual define como "un documento destinado a acreditar el nacimiento, el estado de salud, el tratamiento prescrito o el fallecimiento de una persona. Su expedición implica responsabilidad legal y moral para el médico".¹³

Así las cosas, y de acuerdo a las normas que lo rigen, los profesionales de la medicina se encuentren en la facultad de tomar las acciones que consideren pertinentes para garantizar la atención integral de salud de sus pacientes, pudiendo expedir el certificado de incapacidad, encontrándose el reconocimiento y pago de la misma en cabeza de la respectiva EPS.

A su vez, el artículo 17 de la Ley 1751 del 2015, indica que se garantizará la autonomía de los profesionales de la salud para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes, las cuales serán ejercidas en el marco de la autorregulación, la ética, la racionalidad y evidencia científica.¹⁴

Análisis del caso concreto

La señora DIANA LOPEZ FLORIAN presentó acción de tutela contra SURA E.P.S, por considerar que esta vulnera sus derechos fundamentales a la salud y seguridad social, al no expedirle las incapacidades que requiere por dar positivo para COVID19 en una prueba particular llevada a cabo en la empresa donde trabaja y porque la E.P.S SURA no le ha dado el resultado de la prueba de COVID19 que le fuere tomada el día 10 de junio de 2020.

La entidad accionada **SURA E.P.S.**, al corrérsele traslado de los hechos que motivaron la presente tutela, esta allegó a través del correo institucional de este despacho j10pmgba@cendoj.ramajudicial.gov.co, escritos y pruebas documentales en las fechas 15 de julio de la presente anualidad, donde rinde sus descargos, señalando que atendiendo a los lineamientos del Ministerio de Salud sobre generación de incapacidades, no es procedente lo pretendido por la accionante. Que solicita al despacho **SE NIEGUE POR IMPROCEDENTE** la acción

¹³ **LEY 23 DE 1981**, (febrero 18) Diario Oficial No. 35.711 de 27 de febrero de 1981, Por la cual se dictan normas en materia de ética médica.

¹⁴ **LEY ESTATUTARIA No.1751**, 16 febrero 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.

de tutela contra EPS SURA, como quiera que no ha vulnerado derecho fundamental alguno del accionante.

Procedencia de la acción de tutela en el caso *sub judice*

Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. Así mismo, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 contempla la posibilidad de agenciar derechos ajenos cuando "*el titular de los mismos no está en condiciones de promover su propia defensa*". En la misma norma, se establece que la legitimación por activa para presentar la tutela se acredita: (i) en ejercicio directo de la acción; (ii) por medio de representantes (caso de los menores de edad, los incapaces los interdictos y las personas jurídicas); (iii) a través de apoderado judicial; y (iv) utilizando la figura jurídica de la agencia oficiosa.

En esta oportunidad, la acción de tutela fue interpuesta por la señora DIANA LOPEZ FLORIAN, quien considera sus derechos a la salud y seguridad social vulnerados por la entidad accionad. Así, en el caso bajo estudio, se encuentra acreditado el requisito de legitimación por causa activa.

Legitimación pasiva

Siguiendo lo establecido por la ley y la jurisprudencia constitucional, la legitimación pasiva en la acción de tutela se refiere a la aptitud legal de la entidad contra quien se dirige la acción, a efectos de que sea llamada a responder por la vulneración o amenaza de uno o más derechos fundamentales¹⁵. En principio, la acción de tutela fue dispuesta y diseñada para los casos de violación o amenaza de los derechos fundamentales de las personas por parte de agentes estatales o de servidores públicos. Dentro de esta comprensión el inciso primero del artículo 86 señala que procede la acción de tutela cuando los derechos fundamentales "*resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública*". Por ende, el amparo procede en contra de autoridades públicas¹⁶.

¹⁵ Decreto 2591 de 1991. **ARTICULO 13. PERSONAS CONTRA QUIEN SE DIRIGE LA ACCION E INTERVINIENTES.** La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior. Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud".

¹⁶ Sentencia T-205A/18. Magistrado Sustanciador: ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO.

Así las cosas, la entidad accionada SURA E.P.S, está legitimada como parte pasiva en el proceso de tutela bajo estudio, en la medida en que se le atribuye la vulneración del derecho fundamental de la seguridad social en salud.

Inmediatez

Este requisito de procedibilidad impone la carga al demandante de presentar la acción de tutela en un término prudente y razonable respecto del hecho o la conducta que causa la vulneración de sus derechos fundamentales¹⁷.

En el caso concreto, se observa que el día 29 de mayo de 2020 en cita por telemedicina incapacitaron por 3 días a la accionante, luego el día 10 de junio de 2020 le realizaron la prueba COVID19 y el día 10 de julio del mismo año presentó la tutela. Es decir, transcurrió 1 mes entre un evento y otro, término que resulta prudente y razonable para reclamar la protección del derecho vulnerado.

Subsidiariedad

Según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo en los casos en que sea interpuesta como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. De igual forma, se ha aceptado la procedencia definitiva del amparo de tutela en aquellas situaciones en las que, existiendo recursos judiciales, los mismos no sean idóneos o eficaces para evitar la vulneración del derecho constitucional fundamental¹⁸.

Por lo expuesto y teniendo en cuenta que el asunto que ocupa la Judicatura adquiere una relevancia iusfundamental que activa la competencia del juez de tutela, en tanto lo que se estudia es la posible vulneración del derecho fundamental a la seguridad social y a la salud de la señora DIANA LOPEZ FLORIAN, quien actúa en nombre propio, lo que se considera que en este caso se acredita el requisito de subsidiariedad y, en consecuencia, pasará a examinar a fondo el asunto.

Revisada la situación fáctica, se avizora que la señora DIANA LOPEZ FLORIAN, fue atendida por telemedicina el día 29 de mayo de 2020 por su médico tratante la Dra. MADELEYNE CORDOBA DIAZ, quien según su criterio médico, científico y autónomo, así como también los síntomas referidos por la accionante en dicha consulta, ya que la paciente refería contacto directo con personas positivas para COVID19 en su sitio de trabajo,

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-682 de 2017.

¹⁸ Ibídem.

consideró por "prevención incapacitarla por el término de 3 días, comprendidos desde el 29 de mayo de 2020 al 31 de mayo de 2020", según se aporta en prueba documental a este plenario. Luego, como lo refiere la misma accionante en acción de tutela, la E.P.S SURA le realiza la prueba de COVID19 el día 10 de junio de 2020, la cual no tiene resultados según lo aportado y probado hasta la fecha de expedición de esta providencia.

Posterior a ello, y según las pruebas allegadas por la entidad accionada, la tutelante asistió a cita de TELEMEDICINA el día 07 de julio de 2020, se transcribe textualmente lo definido en la atención medica telefónica: **Orientación Telefónica Medico Coronavirus (Covid19) LINA MARIA PARRA RODRIGUEZ ARL. 12:13 p.m. Dx: U071 COVID-19 (virus identificado)** Al respecto, el médico manifestó: *PACIENTE DE 38 AÑOS, RESIDENTE EN SOLEDAD -ATL , DIRECCION: CRA 24B, DIAG 55-09, BARRIO NUEVO EXITO, SE DESEMPEÑA COMO OPERARIA DE PRODUCCIÓN, NEXO EPIDEMIOLOGICO POR CONTACTO ESTRECHO CON COMPAÑERA DE TRABAJO POSITIVA EL 22.05.20, INICIO DE SÍNTOMAS 23.05.20, PRIMERA PRUEBA 10.06.20: PENDIENTE RESULTADO DE LA EPS , DE LA EMPRESA LE TOMARON PCR 01.07.20: REFIERE RESULTADO POSITIVO (ME ENVIA REPORTE A CORREO ELECTRONICO) , INICIO DE AISLAMIENTO 22.05.20, HOY REFIERE ESTAR ASINTOMÁTICA DESDE HACE MAS DE 20 DIAS, TIENE INCAPACIDAD VIGENTE HASTA 31.05.20, CASO # 2, ASINTOMÁTICA, EN AISLAMIENTO DESDE 22.05.20, DE ACUERDO A LOS NUEVOS LINEAMIENTOS DEL MINISTERIO DE SALUD, CONSIDERO EL ALTA, ENVÍO DOCUMENTOS AL CORREO ELECTRÓNICO. REFIERE ENTENDER Y ACEPTAR.*

Luego, la entidad accionada E.P.S SURA en su contestación manifiesta que la paciente fue nuevamente valorada el 10 de julio de la presente anualidad, sobre lo cual se reportó lo siguiente:

10-07-2020 Telemedicina Interactiva Medico General APP SURA ELIANA DEL CARMEN CORTES GARCIA POS. 01:48 p.m. Dx: Z719 CONSULTA, NO ESPECIFICADA *Paciente con prueba de Covid positivo extra institucional del 1 de julio, asintomática desde hace más de 2 semanas, y con aislamiento desde mayo, si bien es cierto que no se tiene resultado institucional procesado por laboratorio departamental; el cual se le explica a la paciente que los resultados no nos cargan en el sistema por ser un laboratorio independiente, ella tiene un reporte escrito de pcr positivo particular. Se establece según nuevo lineamiento de OMS y ministerio de salud del 03 de julio de 2020, que establece que el alta se define luego de 14 días de aislamiento, y 3 días sin síntomas; el alta ya no se establece por paraclínicos, si no partiendo de la sintomatología y Clínica antes descrita el paciente. Es por esto que el paciente es dado de alta. Se explica esto al paciente y se da lineamiento de que si la empresa requiere aislamiento debe hacerlo partiendo de la circular 018/2020.*

Lo anterior para la Judicatura, constituye un proceder legítimo por parte de la entidad accionada SURA E.P.S., ya que se evidencia que no se ha sustraído de prestar los servicios médicos que por ley le corresponden, toda vez que le ha realizado el seguimiento a la salud de la paciente, desde el momento en que informó la novedad de contacto como persona positiva para COVID 19. Ahora bien, de acuerdo a lo expresado en el acápite de hechos de la acción de tutela y en las pruebas allegadas por la entidad accionada, en donde aduce que en caso dado de ser POSITIVO, teniendo en cuenta una prueba tomada de manera particular por la empresa donde labora, la misma resultó ser asintomática, lo cual se le viene dando manejo domiciliario con la activación de los protocolos de vigilancia epidemiología por parte de la E.P.S SURA, efectuando un control periódico del estado de sus síntomas. Se deja constancia que la actora no aportó al plenario los resultados de la prueba COVID 19 efectuada por su empleador, donde se pueda evidenciar el resultado positivo para COVID 19.

De otra parte, la actora tiene la obligación de comunicar a su empleador el estado de salud, teniendo el resultado positivo para COVID 19 (ASINTOMATICO O CON SINTOMAS LEVES) en prueba efectuada por la empresa para la cual trabaja. Ahora, teniendo en cuenta la Circular 0018 de 2020 emanada del Minsalud, su empleador le corresponde tomar medidas temporales para minimizar los riesgos de contagio. De esta manera, se autorizó el teletrabajo para empleados que hayan llegado al país recientemente, **quienes hayan estado en contacto físico con personas con diagnóstico o quienes estén presentando algún síntoma leve del virus.** Negrilla por importancia del aparte.

Otras de las medidas frente al tema del Covid-19 es **la de adoptar horarios flexibles, disminuir el número de reuniones presenciales o evitar lugares con aglomeraciones.** Negrilla por importancia del aparte.

Así las cosas, si el empleador de la accionante ordenó un aislamiento preventivo por dar positivo en COVID 19 (ASINTOMATICO O CON SINTOMAS LEVES) en una prueba particular, sin tener la incapacidad medica expedida por médico tratante adscrito a la E.P.S accionada, le asiste razón a la E.P.S SURA al manifestar que este debe tener en cuenta las directrices establecidas por el Ministerio de Salud de Colombia, a través de la Circular Externa No 018 del 10 de Marzo de 2020, y que fueron descritas en párrafo precedente.

Es importante resaltar por parte de la judicatura, que la titular de este despacho judicial se encuentra vedada para ordenar la expedición de incapacidades médicas, ya que es facultad exclusiva del médico tratante, según su concepto profesional y científico, así lo indicó el Ministerio de Salud en un reciente concepto, al expresar que: “*El tratamiento o manejo que requiera un paciente dependerá del criterio del médico tratante*”.

"La cartera señaló que el profesional de la salud en ejercicio de su autonomía, la cual se encuentra descrita en el artículo 105 de la Ley 1438 del 2011¹⁹ y el artículo 17 de la Ley 1751 del 2015, podrá adoptar las decisiones relativas al diagnóstico de sus pacientes, lo que incluye la posibilidad de expedir incapacidades, si así lo considera".

"El artículo 50 de Ley 23 de 1981 señala que el médico tratante podrá expedir certificado médico, el cual define como "un documento destinado a acreditar el nacimiento, el estado de salud, el tratamiento prescrito o el fallecimiento de una persona. Su expedición implica responsabilidad legal y moral para el médico".

Así las cosas, y de acuerdo a las normas que lo rigen, los profesionales de la medicina se encuentren en la facultad de tomar las acciones que consideren pertinentes para garantizar la atención integral de salud de sus pacientes, pudiendo expedir el certificado de incapacidad, encontrándose el reconocimiento y pago de la misma en cabeza de la respectiva EPS.

En materia de retroactividad en la expedición de incapacidades de origen común, 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 199832, para el entonces Instituto de los Seguros Sociales, que dice: "**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."

Esbozado lo anterior, en este asunto no se discute el pago del auxilio económico por las incapacidades que fueron expedidas por médico tratante, la circunstancia en la que se centra el problema jurídico, es precisamente que la E.P.S accionada a partir de la fecha 01 de junio de 2020, no observa pertinente seguir expidiendo incapacidades médicas, toda vez que la señora DIANA LOPEZ FLORIAN, podía seguir laborando perfectamente por teletrabajo y que de los seguimientos efectuado a través de TELEMEDICINA consideró que sus síntomas estaban controlados, sin

¹⁹ LEY";' 1438, 19 enero 2017"Por medio de la cual se reforma el sistema general de seguridad social en salud y se dictan otras disposiciones.

agravarse, y que debía seguir atendiendo las recomendaciones médicas indicadas en el seguimiento.

Para que se sigan expidiendo las incapacidades laborales que pretende la actora, el médico tratante adscrito a la entidad promotora de salud, es quien debe prescribirla si lo considera necesario. Así mismo, este despacho verifica, que la entidad accionada le ha ofrecido a la actora todos los servicios en salud requeridos y ordenados por su médico tratante, de acuerdo al historial de autorizaciones, documento suministrado por la entidad accionada en su contestación. Frente a los resultados de la prueba de COVID 19 tomada por la E.P.S SURA a la accionante desde el día 10 de junio de 2020, esta judicatura advierte que no se puede ordenar una nueva prueba sin contar con el criterio médico definido para ello, y por el contrario se debe esperar el resultado de la prueba tomada, además la accionante por no presentar en la actualidad síntomas que pongan en riesgo su vida, y estar ASINTOMÁTICA O CON SÍNTOMAS LEVES con diagnóstico no confirmado por E.P.S, debe seguir los protocolos de autocuidado y de bioseguridad dados por sus médicos tratantes en el seguimiento que se le viene realizando a través del servicio de TELEMEDICINA, que por ninguna causa reemplaza la atención médica presencial y que si llegare a futuro a presentar síntomas de gravedad asociados al COVID-19 puede acercarse a la atención preferencial de URGENCIAS de la E.P.S SURA para pacientes con presunto contagio de CORONAVIRUS, para que así le brinden todos los servicios médicos que requiera atendiendo su estado de salud.**Es dable señalar que la facultad de determinar las incapacidades médicas corresponde exclusivamente al médico tratante.**

En cumplimiento del derecho de la seguridad social en salud, además una eventual vulneración del derecho al mínimo vital y de sus elementos para su efectiva garantía, las entidades no están obligadas a lo imposible, es decir, el Despacho no observa prueba sumaria donde se encuentre expedida por médico tratante incapacidad laboral vigente de la cual la actora este reclamando su pago, tampoco se encuentra solicitud formal presentada ante la entidad accionada donde le manifieste sus inconformidades respecto a la no expedición de sendas incapacidades laborales, siendo obligación de la actora probar ya que la carga de la prueba la padece quien alega el perjuicio.

Por todo lo anterior, este despacho procederá a NO TUTELAR los derechos fundamentales de SALUD, SEGURIDAD SOCIAL y MINIMO VITAL reclamado por la señora DIANA LOPEZ FLORIAN, contra la entidad accionada SURA E.P.S, por no demostrarse dentro del plenario por parte de la actora, vulneración de un derecho protegido por nuestra constitución nacional.

DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DÉCIMO PENAL MUNICIPAL DE BARRANQUILLA CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS**, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NO TUTELAR los derechos fundamentales de SALUD, SEGURIDAD SOCIAL y MINIMO VITAL reclamado por la señora **DIANA LOPEZ FLORIAN**, contra la entidad accionada **SURA E.P.S.** de acuerdo con las consideraciones plasmadas en la parte motiva del presente fallo.-

SEGUNDO: Por Secretaria General, librense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

TERCERO: De no ser impugnado el presente fallo se remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:
NINFA INÉS RUIZ FRUTO
JUEZ**

Firmado Por:

**Ninfa Ines Ruiz Fruto
JUEZ**

JUZGADO 010 MUNICIPAL PENAL CONTROL DE GARANTIAS DE LA CIUDAD DE BARRANQUILLA-ATLANTICO

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:
8720a6111b3132ccef6e5c7eb61ee4c1ecea080fa71620d846e36e62dfcb600
Documento generado en 24/07/2020 10:27:37 a.m.