

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



**JUZGADO CUARENTA Y NUEVE PENAL DEL CIRCUITO
LEY 600 DE BOGOTÁ**

Carrera 28 A Nro. 18 A 67 Piso 5 Bloque E.

Complejo Judicial de Paloquemao

Teléfono 3532666 ext. 71489

Correo institucional: pcto49bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., once (11) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resolver la impugnación interpuesta por la señora **RUBY ALBA MENA LAGUNA**, contra el fallo de tutela proferido el 16 de noviembre de 2023, por el Juzgado Sesenta y Nueve (69) Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., en la que figura como accionada **SALUD TOTAL E.P.S.** y vinculadas **PROTECCIÓN AFP** y el médico tratante Dr. **JUAN CAMILO CONVALEDA RODRÍGUEZ**.

SITUACIÓN FÁCTICA

En la demanda se relató lo siguiente:

1°. En el año 2023, le fue diagnosticado un *“TUMOR DE COMPORTAMIENTO INCIERTO O DESCONOCIDO DEL ENCEFALO INFRATENTORIAL y HIDROCEFALEA OBSTRUCTIVA¹”*, razón por la que ha sido atendida por profesionales adscritos a la red de prestación de servicios de **SALUD TOTAL E.P.S.**

2°. Señaló que, por causa de lo anterior, le han sido prescritas incapacidades médicas de manera continua, mismas que fueron radicadas ante la accionada para su reconocimiento y pago, sin embargo, a partir del día 120, dejó de percibir el pago de las mismas, por lo que presentó un derecho de petición y, según respuesta brindada *“no dio solución de fondo y menos de manera congruente...”*, pues se negó por existir retroactividad.

¹ Demanda de tutela, hecho primero

3°. En síntesis, manifestó que sin el pago de ésta prestación económica no puede solventar sus necesidades básicas para subsistir, hecho con el cual se vulneran sus derechos fundamentales invocados.

Esta actuación nos fue repartida por la Oficina Judicial el 1p de diciembre de 2023.

PRETENSIÓN

Se deprecó la protección de los derechos al debido proceso, petición, mínimo vital y móvil, vida digna y protección a la discapacidad.

La petición concreta, es la siguiente:

“...SEGUNDA: Que, como consecuencia de lo anterior, se ordene a la EPS SALUD TOTAL, a que proceda a realizar el RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDAD comprendida entre 2023-07-30 hasta 2023-08-28 por periodo de 30 días, que conllevaría a los 150 días continuos de incapacidad, los cuales se niegan a reconocer por causas imputables única y exclusivamente a la entidad.”

PROVIDENCIA IMPUGNADA:

En sentencia proferida el 16 de noviembre de 2023, el Juzgado Sesenta y Nueve (69) Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela interpuesta por RUBY ALBA MENA LAGUNA, de acuerdo con las consideraciones plasmadas en precedencia.”

Sobre la procedencia de la acción de tutela, señaló que *“...no procede cuando se trata del reconocimiento y pago de prestaciones sociales, por cuanto dicha solicitud versa sobre una controversia que se suscita entre la entidad a cargo y el peticionario, lo que se traduce en un derecho de carácter litigioso, que debe ser resuelto por la jurisdicción ordinaria.”*

De otra parte, manifestó que, pese a que la accionante pretende el reconocimiento de la incapacidad expedida el 9 de agosto de 2023, con fecha de inicio del 30 de julio y fecha de finalización el 28 de agosto de 2023, el artículo 12 de la Resolución 2266 de 1998 estableció que:

“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.

De esta manera concluyó diciendo que el Juez constitucional no es competente para pronunciarse sobre la validez de las incapacidades que otorga periodos retroactivos sino al juez laboral (jurisdicción ordinaria) y pese a su situación económica, no es posible sustraerse del “...obligatorio sometimiento al imperio de la ley, como exigencia impuesta en el artículo 230 de la Carta Política...”

DE LA IMPUGNACIÓN

La accionante, señora **RUBY ALBA MENA LAGUNA** solicitó se revoque la decisión de primera instancia y, se: “...ordene el reconocimiento de la incapacidad generada por el Dr. **JUAN CAMILO CONVALEDA RODRIGUEZ** en el periodo correspondiente al día 30 de julio de 2023 al 28 de agosto de 2023, según su criterio médico...”, por las siguientes razones:

Sostuvo que, si bien **SALUD TOTAL E.P.S.**, negó el reconocimiento y pago de la incapacidad laboral requerida (30 de julio al 28 de agosto de 2023), por existir retroactividad, con fundamento en el artículo 2.2.3.3.4 del Decreto 1427 del 29 de julio de 2022, los pacientes no pueden “...tener control de lo que administrativamente se le señalen a los médicos respecto a la generación de incapacidades, son los médicos quienes conociendo la norma y el trámite administrativo debe emitir las mismas con el lleno de requisitos, sin embargo, al momento del Despacho Judicial requerir tanto a la **IPS CENTRO POLICLINICO DEL OLAYA** y al galeno tratante **JUAN CAMILO CONVALEDA RODRIGUEZ** su silencio lo interpreto en perjuicio de mis derechos fundamentales.”

Según jurisprudencia de antaño, ha reiterado la protección de los derechos fundamentales reclamados, debiendo entonces dicha **SALUD TOTAL E.P.S.** “...corregir el yerro de su personal contratado y ordenar que se realice la corrección de la expedición de incapacidades para su reconocimiento y posterior pago, y no **NEGAR** tajantemente en perjuicio de sus afiliador (sic) y en beneficio de la entidad por errores propios de sus trabajadores.”

Adujo que el pago de la incapacidad laboral es para su sustento económico.

CONSIDERACIONES

➤ **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO:**

Establecer si hay lugar o no al reconocimiento y pago de la incapacidad de forma retroactiva.

➤ **CASO CONCRETO:**

El Art. 206 de la Ley 100 de 1993 “*Por la cual se crea el SSSI (...)*” estableció que, a los afiliados al Régimen Contributivo del Sistema de Seguridad Social, se les reconocerá las incapacidades de origen común, de conformidad con las **disposiciones legales vigentes**.

En lo que concierne a este proceso, la Resolución 2266 de 1998, estableció pautas para la expedición, reconocimiento, liquidación y pago de incapacidades, instituyendo por regla general, que **no se permite la expedición de incapacidades días después de que el hecho haya ocurrido** pero sí de manera excepcional, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

“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.” (Negrillas del juzgado)

De otra parte, el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, en concepto No. 201911601083761 de 2019², precisó los eventos en que la ley permite la expedición de

² “...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:

incapacidades retroactivas, conforme lo establece el artículo 12 de la Resolución 2266 de 1998.

A la par, el Decreto 1427 de 2022 “*Por el cual se sustituye el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, se reglamentan las prestaciones económicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud...*”, **reproduce y amplifica** (eventos catastróficos y terroristas) lo señalado por la antepuesta disposición, manteniendo de paso, la negación de incapacidades con vigencia retroactiva para atención ambulatoria, así:

*“Artículo 2.2.3.3.4 Certificados de incapacidad de origen común por eventos ocurridos con anterioridad o retroactivos. **No se podrán expedir certificados de incapacidad por eventos ocurridos con anterioridad, salvo en las siguientes situaciones:***

1. *“Urgencia o internación del afiliado*
2. *“Trastornos de la memoria, confusión mental, desorientación en persona, tiempo y lugar y otras alteraciones de la esfera psíquica, orgánica o funcional según criterio médico.*
3. *“Eventos catastróficos y terroristas.*

*“En estos casos, el médico tratante expedirá certificado de incapacidad de origen común con una retroactividad que no podrá ser superior a treinta (30) días calendario, contados a partir de la fecha de expedición, en los términos establecidos en el presente decreto. **No habrá lugar a expedir certificado de incapacidad con vigencia retroactiva tratándose de atención ambulatoria.***

“Parágrafo. Durante el período en que el afiliado se encuentre en urgencias o internación, tendrá derecho a que se expida constancia de hospitalización por parte de la IPS, en la que se indique tal circunstancia, y se señale de manera expresa que dicho documento de certificado de incapacidad. En todo caso, se deberá expedir la constancia dentro de los dos (2) días calendarios siguientes a la solicitud efectuada por el paciente o su representante, sin que se exijan requisitos adicionales para su expedición.”

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.

De acuerdo con lo consignado en la demanda, se tiene que a la señora **RUBY ALBA MENA LAGUNA**, de 55 años de edad, le fue diagnosticado un “*Tumor de comportamiento incierto o desconocido del encefalo supratentorial*”³, debido a lo cual, le prescribieron incapacidades médicas desde el 26 de marzo de 2023, sin que a la fecha **SALUD TOTAL E.P.S.** le haya reconocido y pagado la incapacidad P12853569, con vigencia del 30/07/2023 – 26/08/2023.

Imagen:

CC - 39751368 - RUBY ALBA MENA LAGUNA
Fecha impresión: 09/08/2023 11:32

CENTRO POLICLINICO DEL OLAYA
NIT - 850142453 - 6
Todo Por La Salud Y La Vida
Cra. 19c sur # 24 - 4779 - 3512563 - Bogotá - Colombia

P. 12853569
Valor \$ 0

Orden N°: 291765
Orden Incapacidades y/o licencias - Código: OS008 Fecha y hora: 09/08/2023 11:30

Vigencia: 30/07/2023 - 26/08/2023 EAPB: 800130907 SALUD TOTAL EPS-S S.A. 2022-1-1 CONTRIBUTIVO 2022 Paciente: CC 39751368 RUBY ALBA MENA LAGUNA Fecha de Nacimiento: 18/07/1968 Edad: 55 Años/0 Meses/22 Días Sexo: Femenino Tipo de usuario: Contributivo Via de ingreso: Consulta externa

Categoría: Categoría A

Diagnósticos
Principal Ingreso: D430 - Tipo principal: Confirmado Repetido

Causa externa: Enfermedad General Ocupación: No aplica Tipo vinculación: Contributivo

Días de incapacidad: 30 Prórroga: No

Observaciones:
Especialidad: NEUROCIRUGIA NEUROCIRUGIA

Por este hecho, afirma la actora que, mediante derecho de petición solicitó el reconocimiento y pago de las “*incapacidades generadas hasta el día 180*”⁴, sin embargo, la EPS accionada argumentó que no procedía el pago de la prestación solicitada, por cuanto “*...la incapacidad P12853569... presenta retroactividad...*”⁵ (Negrilla de juez)

Así entonces, razón tiene la entidad accionada y al *A quo* en la decisión impugnada, al señalar que es improcedente la acción de tutela, pues de conformidad con la disposición legal antes vista (Decreto 1427 de 2022) **no procede el pago de la incapacidad con vigencia retroactiva por tratarse de una atención ambulatoria, puesto que la misma fue expedida en consulta de control o de seguimiento por especialista en neurología (consulta externa)**⁶ - regla general -, y además, no se configura para el caso de la accionante, alguno de los eventos de la norma para su aplicación excepcional⁷.

De acuerdo con lo anterior, no resulta procedente el amparo, por cuanto la negación de la EPS accionada tiene fundamento legal, por ende, no es arbitraria.

³ Historia clínica expedida por el Centro Policlínico del Olaya, fecha de registro 09/08/2023

⁴ Demanda de tutela, hecho noveno

⁵ Respuesta a la solicitud de pago de incapacidades, de fecha 8 de octubre de 2023

⁶ Se menciona en la incapacidad e historia clínica

⁷ “1. Urgencia o internación del afiliado

2. Trastornos de la memoria, confusión mental, desorientación en persona, tiempo y lugar y otras alteraciones de la esfera psíquica, orgánica o funcional según criterio médico.

3. Eventos catastróficos y terroristas”

En consecuencia, e confirmará el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA Y NUEVE PENAL DEL CIRCUITO LEY 600 de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. – CONFIRMAR el fallo proferido el 16 de noviembre de 2023, por el **JUZGADO SESENTA Y NUEVE (69) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS**, de esta ciudad.

SEGUNDO. – SEGUNDO. - ORDENAR remitir este fallo al juzgado de primera instancia, al email: j69pmgbt@cendoj.ramajudicial.gov.co, para su conocimiento.

TERCERO. - ORDENAR NOTIFICAR esta providencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 5° del Decreto 306 de 1992 y remitirla a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, vía correo electrónico.

La sentencia se debe notificar a las partes, a los siguientes correos electrónicos:

ACCIONANTE:

RUBY ALBA MENA LAGUNA:
rubym460@hotmail.com y rcastimar@hotmail.com.

ACCIONADA Y VINCULADAS:

SALUD TOTAL E.P.S.: notificacionesjud@saludtotal.com.co

PROTECCIÓN AFP: accioneslegales@proteccion.com.co

Doctor **JUAN CAMILO CONVALEDA RODRIGUEZ:** diego.munoz@cpo.com.co y centromedicooolaya@gmail.com

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



JUAN PABLO LOZANO ROJAS
JUEZ