

IBAGUÉ - TOLIMA

Ibagué, veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022)

Tipo de proceso:	Acción de tutela
Radicado:	73001-31-05-001-2022-00090-00
Demandante (s):	Fernando Leyva Barragán en representación de su hermana Gloria Helena Leyva
Demandado (s):	Nueva EPS y otros
Asunto:	Sentencia de primera instancia

1. ASUNTO

Desatar la solicitud de amparo constitucional dentro del proceso de la referencia, recibida de la Oficina de Reparto Judicial el 18 de abril de 2022, promovida por el señor Fernando Leyva Barragán en representación de su hermana Gloria Helena Leyva y en contra de:

- · NUEVA EPS RÉGIMEN CONTRIBUTIVO,
- •IPS VIVA 1A,
- •DIANA MARCELA MEJÍA ARAUJO
- •CAMILA ANDREA AGUIRRE LEÓN
- VALENTINA VIVAS
- CARMEN ZOILA SERENO
- •JOHN JAMES VEGA
- DIANA MARCELA ARANGO
- •CAMILA ANDREA AGUIRRE
- •ANDREA LUCÍA CELIS VÁSQUEZ
- •NÉSTOR AGUDELO VALENCIA
- •DIANA MARCELA PRADA
- JORGE ANDRÉS MONCADA ARDILA
- •VINCULANDO DE OFICIO A NEUROCAD SAS

2. COMPETENCIA

Este Despacho Judicial es competente para conocer y decidir la presente acción de tutela, en virtud a lo previsto en el artículo 86 de la Carta y sus Decretos reglamentarios 2591 de 1991, 306 de 1992 ,1382 de 2000 y 333 de 2021.



IBAGUÉ – TOLIMA

Ibagué, veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022)

3. ANTECEDENTES

El señor FERNANDO LEYVA BARRAGÁN en representación de su hermana GLORIA HELENA LEYVA interpone acción de tutela con el propósito de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la SEGURIDAD SOCIAL, EL DEBIDO PROCESO EL DERECHO A LA SALUD Y AL MÍNIMO VITAL y en consecuencia se ordene a las entidades accionadas a dar trámite a la solicitud de expedir incapacidades o certificación de dichas incapacidades a partir de diciembre de 2020 a la fecha de presentación de esta acción y proferir concepto de rehabilitación y por ende calificación de la pérdida de capacidad laboral.

Como sustento de su pretensión, arguyó que la señora GLORIA HELENA LEYVA BARRAGÁN, está afiliada a la Nueva E.P.S en calidad de beneficiaria; que el día 25 de diciembre de 2020 sufrió la enfermedad NEURALGIA DE TRIGEMINO; que a raíz de dicha patología, fue atendida por los siguientes médicos a saber:

- En la Clínica Tolima, por urgencias, Valentina Vivas
- Carmen Zoila Sereno (Médica General)
- John James Vega (Médico Internista).
- Diana Marcela Araujo (Médica Neuróloga).
- Camila Andrea Aguirre (Médica Internista)
- Andrea Lucía Celis Vásquez
- Néstor Agudelo Valencia (Siquiatra).
- Diana Marcela Prada (Dentista).
- Jorge Andrés Moncada Ardila (Cirujano Maxilofacial).
- Entre otros

Manifiesta que, al pasar entre médicos, y especialistas, existían lapsos de tiempo que no eran cubiertos por ningún tipo de incapacidad y por tal motivo la paciente en este caso quien representa, no pudo determinar quien debía expedir las correspondientes incapacidades. Manifiesta también que, en razón a la enfermedad, no fue posible solicitar a los médicos tratantes, incapacidades que cubrieran los lapsos entre citas.

Reseña que en razón a la pandemia decretada por el Gobierno Nacional derivada del virus Covid-19 las citas eran telefónicas y atendiendo la patología, no podía la paciente comunicarse en debida forma con el médico tratante y que el sistema que maneja la IPS VIVA 1A no permitía recibir en correcta forma ordenes médicas, fórmulas, autorizaciones entre otros.

Declara que elevó solicitudes a los accionados, recibiendo algunas respuestas. Entre otras discute que para el año 2021 le fueron dadas dos incapacidades una de 17 de junio y otra el 9 de agosto, siendo esto evidencia de que desde el 25 de diciembre de 2020 ha



IBAGUÉ – TOLIMA

Ibagué, veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022)

estado efectivamente incapacitada.

4. TRÁMITE

Admitida la acción constitucional por el despacho mediante providencia del 18 de abril de 2022, se ordenó librar comunicación a las accionadas.

5. INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

Al descorrer traslado la accionada NUEVA EPS, indica no tener LEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR PASIVA y del mismo modo manifiesta no haber vulnerado ningún derecho a la parte accionante, además informó lo siguiente:

Desde el área de Medicina Laboral de la Regional Centro Oriente informamos, la señora GLORIA HELENA LEYVA BARRAGÁN, se encuentra afiliado en Nueva EPS desde el 08 de abril de 2013 en calidad de beneficiaria del régimen contributivo. En respuesta a las pretensiones de la presente acción de tutela se ratifica la señora GLORIA HELENA LEYVA BARRAGÁN se encuentra afiliada en calidad de beneficiaria del régimen contributivo, por consiguiente, es importante resaltar que de acuerdo a lo establecido en el Art. 157(literal a). Art. 206. Ley 100/93, no procede la expedición de incapacidad para un reconocimiento económico.

Finalmente, en cuanto a la expedición de las incapacidades, el médico tratante es quien de acuerdo a la pertinencia médica, es el encargado de generar las respectivas incapacidades, esto en cumplimiento al artículo 38 del Decreto 1295 de 1994: "(...) ARTICULO 38. DECLARACION DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL. Hasta tanto el Gobierno Nacional reglamente, la declaración de la incapacidad temporal continuará siendo determinada por el médico tratante, el cual deberá estar adscrito a la Entidad Promotora de Salud a través de la cual se preste el servicio, cuando estas entidades se encuentren operando (...)". De tal manera que las incapacidades se derivan del acto médico durante una consulta o valoración y es ese profesional de acuerdo a la pertinencia el que decide si un paciente requiere o no dicha incapacidad.

VIVA 1A manifiesta no haber vulnerado ningún derecho fundamental a la accionada y del mismo modo manifiesta que no fueron concedidas incapacidades por el médico tratante motivo por el cual no deben concederse por este medio, manifestando:

Nos permitimos informar que una vez consultado nuestro sistema de informaciónno se evidencia que el medico haya emitido incapacidad médica. Por consiguiente, es importante resaltar que, respecto a la expedición de las incapacidades, es el profesional de la salud de acuerdo a la pertinencia médica, quien decide si un paciente requiere o no dicha incapacidad en cumplimiento al Artículo 38 del Decreto



IBAGUÉ - TOLIMA

Ibagué, veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022)

1295 de 1994: "...ARTICULO 38. DECLARACION DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL. Hasta tanto el Gobierno Nacional reglamente, la declaración de la incapacidad temporal continuará siendo determinada por el médico tratante, el cual deberá estar adscrito a la Entidad Promotora de Salud a través de la cual se preste el servicio, cuando estas entidades se encuentren operando"

La vinculada NEUROCAD a través de la médica Diana Marcela Mejía Araujo manifiesta no haber vulnerado ningún derecho fundamental a la accionada y no ser procedente el reconocimiento de incapacidades retroactivas, informando lo siguiente:

No tengo certeza sobre todos los hechos referidos por el accionante en el numeral 4, dado que si bien se puede notar dentro de la historia clínicade la paciente, que ha tenido una atención interdisciplinaria con varios especialistas, no tengo elementos de juicio objetivos para referirme al por qué la paciente no fue incapacitada por sus otros médicos tratantes. Si bien es cierto que por cuenta de la pandemia, la mayoría de atención se realizaban por tele consulta, esto no era limitante para ordenar incapacidades, dado que cada médico o profesional cuenta con su autonomía profesional para decidir en qué casos sus pacientes debido a su diagnósticoy estado actual requieren orden de incapacidad.

Las demás accionadas no dieron respuesta.

6. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a este juzgado determinar, si los accionados están vulnerando los derechos fundamentales invocados por parte de la accionante, en razón a no reconocer las incapacidades a las que aduce tener derecho.

7. CONSIDERACIONES

7.1 Premisas normativas

Este medio consagrado en la Constitución Nacional de 1991, se constituye, en uno de los mecanismos destinados a buscar la materialización de los principios que componen el Estado Social de Derecho, siendo el instrumento idóneo para que toda persona logre la garantía y protección de sus derechos fundamentales, cuando estos, hayan sido vulnerados o sean amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular.

La finalidad de este procedimiento especial es lograr, que el Estado a través de un pronunciamiento judicial, restablezca el derecho fundamental conculcado o, impida, que la amenaza que sobre él se cierne se configure, teniendo la acción un carácter



IBAGUÉ – TOLIMA

Ibagué, veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022)

eminentemente residual.

Es decir, no surge como herramienta inmediata, sino que opera, como vía alterna cuando el derecho no puede ser protegido por algún conducto ordinario, o el previsto no alcanza las expectativas inmediatas, o resulte inoficioso, o se trate de evitar un perjuicio irremediable. Cuando se presenta cualquier de estas modalidades, refulge la viabilidad de esta acción.

En este evento se invoca la mengua de varios derechos fundamentales, en donde el accionante alega que desde el momento en que tuvieron ocurrencia su enfermedad, no han sido en debida forma concedidas sus incapacidades, en el mismo sentido requiere que sea valorada

7.1.1 De la autonomía profesional de los trabajadores y profesionales de la salud.

En atención a lo reglado en el artículo 17 de la ley 1751 del 2015 es del resorte del médico tratante, adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo, motivo por el cual no pueden ser constreñidos para desplegar una acción u omisión respecto de su labor médica. Motivo por el cual las incapacidades concedidas a los pacientes deben ser expedidas conforme a su experticia técnica y profesional y no sobre las peticiones realizadas por pacientes o empleadores.

Concordante con lo anterior el decreto 1295 de 1994 en su artículo 38 estipuló lo siguiente:

"Hasta tanto el Gobierno Nacional la reglamente, la declaración de la incapacidad temporal continuará siendo determinada por el médico tratante, el cual deberá estar adscrito a la Entidad Promotora de Salud a través de la cual se preste el servicio, cuando estas entidades se encuentren operando"

En ese mismo orden de ideas la Corte Constitucional en reiteradas providencias ha ilustrado que es el concepto científico del médico tratante el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud, como lo adoctrinó en sentencia T 345/13 de la siguiente manera:

"La Corte ha resaltado que en el Sistema de Salud, quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, prima facie, el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente. La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que éste (i) es un



IBAGUÉ – TOLIMA

Ibagué, veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022)

profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que pueden existir respecto de su condición de salud y (iii) es quién actúa en nombre de la entidad que presta el servicio."

Por lo tanto, si bien el Juez de tutela cuenta con amplias facultades para amparar los derechos de los pacientes, lo cierto es que no cuenta con el conocimiento científico para inmiscuirse en las decisiones de los profesionales de la salud quienes son los que ostentan la especialidad académica para establecer los procedimientos que le corresponden a determinado paciente.

7.1.2 De la retroactividad de las incapacidades

Atendiendo el vacío legal al respecto, en su momento, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES expidió la Resolución 2266 de1998, por medio de la cual se reglamenta el proceso de expedición, reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones económicas por incapacidades manifestó en su artículo 12 lo siguiente:

"No se puede expedir certificado de incapacidad con vigencia retroactiva en el caso de pacientes de atención ambulatoria"

De lo anterior se desprende que se imposibilita al médico tratante y por ende a las entidades prestadoras de salud reconocer incapacidades retrocediendo en el tiempo, motivo por el cual, si en el momento de la prestación del servicio, el médico no consideró pertinente reconocer incapacidades, se concluirá que no eran necesarias para el tratamiento y por ende no existirían limitaciones laborales.

Del mismo modo, el Ministerio de Salud a través de varios conceptos ha reiterado lo traído a colación en líneas anteriores, respecto de la no retroactividad de las incapacidades mencionadas en la Resolución 2266 de 1998, recordemos que en el memorando 201642301081852 indicó:

"En primer lugar, vale la pena traer a colación lo expresado por la Subdirección de Riesgos Laborales de este Ministerio a través del memorando número 201631300149733, frente al tema relacionado con la expedición de incapacidades retroactivas de origen laboral, en el sentido que el médico, teniendo en cuenta la historia clínica, la evolución natural de la enfermedad, las pruebas diagnósticas y tratamientos recibidos, tiene la autonomía profesional para expedir las respectivas incapacidades apoyados en el artículo 17 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015

Ahora bien, en cuanto a la expedición de incapacidades retroactivas de origen común, la Subdirección de Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud, con



IBAGUÉ – TOLIMA

Ibagué, veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022)

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"

8. EL CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio el accionante en nombre de su hermana la señora Gloria Helena Leyva pretende: 1) que le sean reconocidas las incapacidades a las que asegura tener derecho, en atención a la enfermedad o patología que padece y la cual la aqueja desde diciembre de 2020; 2) la expedición de concepto de rehabilitación y calificación de la pérdida de capacidad laboral; 3) la ausencia de respuesta a las peticiones elevadas por el accionante a las entidades accionadas.

Lo primero que hay que recalcar es que se ha dicho en este proceso que la señora Leyva padece una enfermedad que le impide la efectiva comunicación, razón por la cual el despacho no tiene inconveniente alguno en tener a su hermano como agente oficioso a efectos de que defienda los derechos de una persona en estado de debilidad por motivos de salud.

Ahora, previo a adentrarnos en el fondo del asunto, es pertinente aclarar que el accionante no pretende con la acción de tutela el reconocimiento de incapacidades a efectos de que le sean reconocidas prestaciones económicas por enfermedad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues él mismo afirma ser consciente de que su hermana se encuentra vinculada como beneficiaria, pretendiendo con su actuar judicial la valoración de pérdida de capacidad laboral a efectos de obtener eventualmente una pensión de Invalidez, ello con base en las incapacidades que según su dicho debieron certificarse desde diciembre de 2020.

Dijo el accionante en el numeral noveno de su escrito inicial lo siguiente:

Se trata de proteger, el Derecho Fundamental a la Seguridad Social, en el sentido que la paciente pueda solicitar, la Valoración de la Pérdida de la Capacidad Laboral y realizar las gestiones que de allí se desprendan, tales como valoración de la invalidez y solicitud de pensión por invalidez, etc.

Aclarado este punto, reitera el despacho la imposibilidad de ordenar a las entidades



IBAGUÉ – TOLIMA

Ibagué, veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022)

y médicos accionados expedir certificados de incapacidad a favor de la señora Gloria Helena Leyva.

En efecto, conforme a la autonomía de los profesionales de la salud para expedir los tratamientos y demás consecuencias de poseer una patología, son los médicos tratantes, quienes dentro del marco de sus conocimientos quienes deben expedir las incapacidades conforme lo estipula el artículo 17 de la ley 1751 del 2015, motivo por el cual no puede en este caso el juez de tutela entrar a reconocer algún tipo de incapacidad, ya que no cuenta con los medios técnicos e idóneos para tan siquiera realizar el estudio de la historia clínica que desencadene en el reconocimiento de alguna incapacidad, motivo más que suficiente para concluir que si los médicos tratantes no concedieron ningún tipo de incapacidad a la accionante, este fallador se encuentra vedado para rebelarse en contra de lo que en su momento hayan considerado los galenos tratantes.

Lo anterior se respalda en el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia T-581/06 MP JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO que indicó:

"La facultad de determinar las incapacidades médicas corresponde exclusivamente al médico tratante. El juez de tutela está imposibilitado para ordenar el pago de incapacidades laborales no dictaminadas por los médicos tratantes"

En el mismo sentido, aún cuando no se desconoce que la paciente padece una enfermedad, tampoco se avizora que se cumplan los requisitos para que se dispense una incapacidad retroactiva, pues no solo la condición de la señora Leyva no se enmarca dentro de las excepciones anotadas en acápite superior, sino que en todo caso se han superado con creces los treinta días para haber sido solicitadas por la interesada o su agente oficioso.

Ahora, en cuanto a la solicitud de calificación de perdida de capacidad laboral, se ha indicado por el órgano de cierre constitucional que es un derecho de todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social, sin distinción alguna, pues es el medio para acceder a la garantía de otros derechos como la salud, el mínimo vital y la seguridad social, en tanto permite establecer si una persona tiene derecho a las prestaciones asistenciales o económicas que se consagran en el ordenamiento jurídico. Dijo la Corte en sentencia T 290/15 lo siguiente:

"La evaluación o calificación de la pérdida de capacidad laboral, cobra importancia, por cuanto constituye el medio para establecer si una persona tiene derecho al reconocimiento de aquellas prestaciones, y así garantizar los derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social y al mínimo vital. El resultado de la valoración que realizan los organismos médicos competentes es el que configura el derecho a la pensión de invalidez, pues ésta arroja el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y el origen de la misma."

Entonces, de la lectura del memorial contentivo de la acción de tutela se desprende que la accionante y su agente oficioso estiman que solamente con el reconocimiento



IBAGUÉ – TOLIMA

Ibagué, veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022)

de las pluricitados certificados de incapacidad puede acceder a una valoración médica de la que eventualmente pueda acceder a una pensión de invalidez, análisis que se torna impreciso, pues es el Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral, más no los certificados de incapacidad, el mecanismo idóneo para que profesionales en medicina laboral valoren de forma íntegra la historia clínica para establecer un eventual porcentaje de discapacidad de un ciudadano y así éste pueda reclamar en sede administrativa o judicial sus derechos.

De esta manera, negar o poner trabas injustificadas para la realización del examen va en contravía de la carta política, pues no son los funcionarios administrativos de las EPS los que entran a determinar si una persona tiene derecho a la valoración o a determinada pérdida de capacidad laboral, pues ello es del resorte exclusivo del médico laboral.

Así las cosas, siendo ese el verdadero motivo de la presente acción de tutela, esto es la valoración de Pérdida de Capacidad Laboral, y que este examen es esencial para conocer por parte de la paciente a ciencia cierta si posee el grado de discapacidad que le permita acceder a una posible pensión de invalidez derivada de su enfermedad, se concederá la acción de tutela ordenando a la Nueva EPS que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo agende a la señora Gloria Helena Leyva cita para valoración de pérdida de capacidad laboral de primera oportunidad, la que no podrá agendarse más allá de los 30 días hábiles subsiguientes.

Por último en lo que respecta a la vulneración del derecho de petición se observa que con comunicaciones de 29 de diciembre de 2021 y 24 de febrero de 2022, Nueva EPS y Neurocad dieron respuesta a o solicitado, por lo que no se estima vulnerado ese derecho por parte de los accionados.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO. CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la salud y a la seguridad social solicitado por el señor Fernando Leyva Barragán en representación de su hermana GLORIA HELENA LEYVA.

SEGUNDO. ORDENAR a la NUEVA EPS, representada por el Dr. WILMAR RODOLFO LOZANO PARGA o quien haga sus veces, en condición de Gerente Zonal Tolima, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo agende a la señora Gloria Helena Leyva cita para valoración de pérdida de capacidad laboral de primera oportunidad, la que no podrá agendarse más allá de los 30 días hábiles subsiguientes.

TERCERO: NOTIFICAR esta decisión a los interesados por el medio más expedito



IBAGUÉ - TOLIMA

Ibagué, veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022)

posible, y explicarles que cuentan con tres (3) días siguientes a la notificación de la sentencia para impugnarla.

CUARTO: En firme esta decisión, **REMÍTASE** oportunamente el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

NOTIFÍQUESE.

DANIEL CAMILO HERNÁNDEZ CAMARGO

Juez

Firmado Por:

Daniel Camilo Hernandez Camargo
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Laboral 001
Ibague - Tolima

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: c12d1c375cebc8721a138b2c272e5bab6c6ec8a46bbc34fffd277e50f1462197



IBAGUÉ – TOLIMA

Ibagué, veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022)

Documento generado en 27/04/2022 12:43:51 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica