



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA

RADICADO N°: 54-001-31-05-003-2021-00336-00
PROCESO: INCIDENTE DESACATO TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
ACCIONANT: LUIS ARMANDO RIOS ROZO, quien actúa como agente oficio de la señora
ROSA MARIA CRUZ DELGADO
ACCIONADO: NUEVA EPS

INFORME SECRETARIAL

San José de Cúcuta, tres (03) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Al Despacho de la señora Juez, la presente impugnación de la acción de tutela concedida por el Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Causas, la cual fue recibida en la fecha por correo electrónico. Sírvese disponer lo pertinente.

LUCIO VILLAN ROJAS

Secretario

PROVIDENCIA- AUTO OBEDECER Y CUMPLIR

San José de Cúcuta, tres (03) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Visto el anterior informe y constatándose la veracidad del mismo, se dispone obedecer y cumplir lo resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, quien DECRETÓ la nulidad de lo actuado a partir del auto de requerimiento previo al incidente de desacato de fecha nueve (09) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo señalado en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 129 del C.G.P., previo apertura del incidente de desacato, se hace necesario requerir **a los doctores JOSE FERNANDO CARDONA URIBE y SANDRA MILENA VEGA GOMEZ, en su condición de Director Nacional y Gerente Regional Nororiental de la NUEVA EPS**, para que se sirvan informar en el término de uno (01) día que medidas tomó esa dirección para el cumplimiento del fallo de fecha 20 de octubre de 2021, dictado dentro de la acción de tutela radicada bajo el **No. 54001-31-05-003-2021-00336-00**, seguido por el señor **LUIS ARMANDO RIOS ROZO, quien actúa como agente oficio de la señora ROSA MARIA CRUZ DELGADO contra la NUEVA EPS**, enviando a este Despacho las diligencias y sanciones impuestas, a la Gerente Zonal de esa entidad Dra. **JOHANA CAROLINA GUERRERO** encargada del cumplimiento de la referida providencia.

Requírase **a los doctores JOSE FERNANDO CARDONA URIBE y SANDRA MILENA VEGA GOMEZ, en su condición de Director Nacional y Gerente Regional Nororiental de la NUEVA EPS**, como superiores Jerárquico, para que en el evento de no haber iniciado el proceso disciplinario en contra de la Gerente Zonal de esa entidad Dra. **JOHANA CAROLINA GUERRERO**, quien es la responsables de dar cumplimiento al fallo de tutela, proceda de inmediata a hacerlo.

Requírase a la Gerente Zonal de esa entidad Dra. **JOHANA CAROLINA GUERRERO**, para que en el terminó de 48 horas proceda a dar cumplimiento al fallo de tutela.

Vincúlese a las presentes diligencias al señor Procurador Regional Dr. **LIBARDO ALVAREZ**, para que como Jefe del Ministerio Público tome las medidas conducentes en contra de las accionadas por tratarse de Entidades que prestan un servicio público, por el posible incumplimiento del fallo de tutela.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARICELA C. NATERA MOLINA
Juez

LUCIO VILLÁN ROJAS

Secretario



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA

San José de Cúcuta, seis (06) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

RAD. JUZGADO: 54-001-41-05-001-2021-00707-01
ACCIONANTE: LUIS ENRIQUE GARABAN COLINA
ACCIONADO: AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., CLÍNICA SANTA ANA S.A., JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE NORTE DE SANTANDER

Procede este Despacho a decidir la impugnación interpuesta por la accionada **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.** en contra de la sentencia de fecha 02 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral de Pequeñas Causas de Cúcuta dentro de la acción de tutela de la referencia.

1. ANTECEDENTES

El señor **LUIS ENRIQUE GARABAN COLINA** interpone la acción de tutela con fundamento en lo siguiente:

- Manifiesta que sufrió accidente de tránsito el día 6 de julio de 2021 en calidad de conductor de motocicleta de placa RVH37B, amparado bajo la póliza SOAT N° 4093471100- o vigencia 27/04/2021 hasta 26/04/2022, de la aseguradora AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.
- Como consecuencia del accidente, recibió atención de urgencias en la CLÍNICA SANTA ANA S.A por las siguientes lesiones: CONTUSIÓN DE LA RODILLA, FRACTURA DE LA EPIFISIS SUPERIOR DE LA TIBIA y TRAUMATISMO DE LA CABEZA NO ESPECIFICADO. El tratamiento y la rehabilitación ya terminó.
- Señaló que el día 29 de julio de 2021 presentó solicitud de pago de honorarios profesionales a la Junta de Calificación de Invalidez ante la aseguradora AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., y a la fecha la entidad no ha respondido.
- Sostuvo que no cuenta con los recursos económicos y su situación financiera es grave, para cancelar los honorarios de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander.

2. PETICIONES

La parte accionante solicita que se tutelen los derechos fundamentales a la seguridad social, dignidad humana y al mínimo vital, y en consecuencia se ordene a **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.** que sufrague los honorarios profesionales a los médicos de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander.

3. RESPUESTA DE LA ACCIONADA

→ **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**, refiere al Despacho que se cometió error en el auto que admite la presente demanda al mencionar la entidad como AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. SOAT, aclara que la razón social correcta es AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.

Responde frente a los hechos y pretensiones del accionante para el pago de los honorarios de Junta Regional, que niega la solicitud de pago toda vez que dentro de la historia clínica no se

evidencian lesiones que puedan ocasionar secuelas y que tenga posible pérdida de capacidad laboral.

Por lo anterior, sostuvo que al reconocer el pago requerido por el accionante, estaría imponiendo una carga adicional, ilegal e innecesaria por tratarse de un pago que no está ni legal, ni reglamentariamente obligada a asumir, toda vez que los recursos dispuestos por la compañía para atender las lesiones que presenten las víctimas de un accidente de tránsito son limitados, pues la aseguradora ya ha tramitado y reconocido las reclamaciones que han sido presentadas con ocasión del referido siniestro, sin que resultaran vulnerados los derechos fundamentales cuya protección se solicita.

→ **CLÍNICA SANTA ANA S.A.**, informa que una vez validan su base de datos, el señor LUIS ENRIQUE GARABAN COLINA, ha sido paciente de la institución, se le ha prestado el servicio de salud cuando lo ha requerido, se le prestó la atención por urgencias el día 06 de julio de 2021 valorado con motivo de accidente de tránsito en calidad de conductor de motocicleta, egresa de la entidad el día 7 de julio de 2021 con diagnóstico principal FRACTURA DE LA EPIFISIS SUPERIOR DE LA TIBIA.

→ **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ NORTE DE SANTANDER**, advierte que la entidad no ha recibido ningún tipo de documentación del actor o queja sobre los servicios que presta la entidad, resalta que la Junta es un organismo autónomo, cuyo objeto se limita simplemente a la tramitación de solicitudes de calificación de la pérdida de capacidad laboral o de orígenes, remitidas por las diferentes entidades, cumple el decreto

4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de fecha 02 de noviembre de 2021, el Juzgado Primero Laboral de Pequeñas Causas de Cúcuta decidió tutelar los derechos fundamentales de la accionante, y en consecuencia ordenó a **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**, realice la calificación de pérdida de capacidad laboral del accionante por cuenta del accidente de tránsito que sufrió el 06 de julio de 2021 y por el que fue atendido el mismo día en la Clínica Santa Ana S.A., y si no cuenta con los medios para hacerlo directamente, realice la remisión y cubra los honorarios para ese fin ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

5. IMPUGNACIÓN

La accionada **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**, impugnó la decisión anterior, manifestando lo siguiente:

- Alude que no puede pretenderse a través del ejercicio de la acción de tutela se modifiquen los alcances de la cobertura de gastos de transporte del SOAT que la norma ha previsto de forma clara y expresa, vulnerando los derechos de la entidad al exigir el cumplimiento de un mandato que excede injustificadamente la obligación contractual de AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., la cual se refiere exclusivamente al pago de los valores indemnizables por la lesión accidental causada con el vehículo asegurado y que se circunscriben única y exclusivamente a los contemplados en la legislación.

6. TRÁMITE DE INSTANCIA

Mediante auto del 08 de noviembre de 2021, se admitió la impugnación presentada por la parte accionada en contra de la sentencia de tutela dictada dentro de la acción de la referencia, efectuando el trámite correspondiente.

7. CONSIDERACIONES

7.1. Problema Jurídico

De acuerdo con los hechos que fundamentaron la presente acción de tutela, las pruebas aportadas, y la impugnación presentada por la accionada, se debe establecer en esta instancia si efectivamente existe una vulneración a los derechos fundamentales a la salud y seguridad

social de **LUIS ENRIQUE GARABAN COLINA** por parte de la accionada **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**

7.2. Aspectos Generales de la acción de tutela

Es una garantía constitucional de toda persona, exigir ante las autoridades judiciales la protección inmediata de sus derechos fundamentales, a través de la acción de tutela, consagrada como un mecanismo preferente y sumario que se surte en un término de diez (10) días, que tiene como objetivo impedir o cesar la vulneración o amenaza de estos derechos, a través de una sentencia que es de inmediato cumplimiento y es susceptible de ser impugnada por las partes.

De conformidad con el artículo 2° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales, y es procedente contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o particulares, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de éstos derechos; pero solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en los términos del numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991.

Es decir, que la acción de tutela tiene un carácter residual y está sujeta a la inexistencia o ineficacia de otro mecanismo judicial que garantice de forma oportuna y efectiva la protección del derecho fundamental que está siendo vulnerado o amenazado por la acción u omisión de una autoridad pública o un particular.

7.3. Legitimación en la causa por activa

Según lo dispone el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ser interpuesta por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien puede actuar por sí misma, a través de apoderado judicial, o representado por un agente oficioso cuando no esté en condiciones de promover su propia defensa.

De lo anterior, se colige que hay diferentes formas para que se configure la legitimación por activa, entre las que encontramos las siguientes: a) Cuando la interposición de la acción se realiza a través de apoderado judicial, para lo cual se requiere el poder que lo faculte para ejercer la acción; b) Cuando el que interpone la tutela es el representante legal, ya sea de una empresa o de un menor de edad, de un interdicto, etc.; c) Cuando el afectado de manera directa propugna por sus derechos; d) y cuando se realiza a través de agente oficioso.

En atención a las anteriores precisiones normativas, es del caso advertir que la acción de tutela fue interpuesta por el señor **LUIS ENRIQUE GARABAN COLINA** en representación propia, por la presunta vulneración y amenazas de los derechos fundamentales a la salud y seguridad social, por lo cual se encuentra legitimado en la causa para ejercitar la presente acción.

7.4. Obligación de las aseguradoras de garantizar la calificación de invalidez de los asegurados al SOAT

En la Sentencia T-003 de 2020, la Corte Constitucional se refirió a este asunto indicando que:

“4.1. La seguridad social como derecho fundamental

La lectura armónica de la Constitución Política permite afirmar que la seguridad social tiene una doble connotación, por un lado, según lo establece el inciso 1° del artículo 48 superior, constituye un “servicio público de carácter obligatorio”, cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado, actividades que se encuentran sujetas a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Por otro lado, el inciso 2° de la Carta “garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”. Este derecho ha sido reconocido por instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (Art.22), la Declaración Americana de los Derechos de la Persona (Art.16) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art.9).

La jurisprudencia constitucional ha manifestado que el derecho a la seguridad social “surge como un instrumento a través del cual se le garantiza a las personas el ejercicio de sus derechos subjetivos fundamentales cuando se encuentran ante la materialización de algún

evento o contingencia que mengüe su estado de salud, calidad de vida y capacidad económica, o que se constituya en un obstáculo para la normal consecución de sus medios mínimos de subsistencia a través del trabajo”[36]. Particularmente, ha señalado que esta garantía hace referencia a los medios de protección que brinda el Estado con la finalidad de salvaguardar a las personas y sus familias de las contingencias que afectan la capacidad de generar ingresos suficientes para vivir en condiciones dignas y enfrentar circunstancias como la enfermedad, la invalidez o la vejez.[37]

En este orden, la importancia de este derecho se desprende de su íntima relación con el principio de dignidad humana, puesto que permite a las personas asumir las situaciones difíciles que obstaculizan el desarrollo de actividades laborales y la recepción de los recursos que les permitan ejercer sus derechos subjetivos.

4.2. Regulación sobre el reconocimiento de la indemnización por incapacidad permanente con ocasión de accidentes de tránsito

4.2.1. Debido a la incidencia que tienen los accidentes de tránsito en la salud de las personas, el Estado previó un Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT), para los vehículos automotores “cuya finalidad es amparar la muerte o los daños corporales que se causen a las personas implicadas en tales eventos, ya sean peatones, pasajeros o conductores, incluso en los casos en los que los vehículos no están asegurados”[38].[39]

4.2.2. Las normas que son aplicables al Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, se encuentran contempladas en el capítulo IV, de la parte VI del Decreto Ley 663 de 1993[40] y en el título II del Decreto 056 de 2015[41], el cual se ocupa de los seguros de daños corporales causados a personas en accidentes de tránsito. Sin embargo, es relevante tener en cuenta que aquellos vacíos o lagunas que no se encuentren dentro las normas referidas, deberán suplirse con lo previsto en el contrato de seguro terrestre del Código de Comercio, según remisión expresa del artículo 192 del Decreto Ley 663 de 1993.

En este orden, el numeral 2 del artículo 192 del Decreto Ley 663 de 1993, el cual contempla los objetivos del seguro obligatorio de daños corporales que se causen con ocasión a los accidentes de tránsito, establece entre ellos los de “a. Cubrir la muerte o los daños corporales físicos causados a las personas; los gastos que se deban sufragar por atención médica, quirúrgica, farmacéutica, hospitalaria, incapacidad permanente; los gastos funerarios y los ocasionados por el transporte de las víctimas a las entidades del sector salud;(…) y d. La profundización y difusión del seguro mediante la operación del sistema de seguro obligatorio de accidentes de tránsito por entidades aseguradoras que atiendan de manera responsable y oportuna sus obligaciones” (énfasis fuera del texto original).

Particularmente, el Decreto 056 de 2015[42] en su artículo 12 refiere:

“Artículo 12. Indemnización por incapacidad permanente. Es el valor a reconocer, por una única vez, a la víctima de un accidente de tránsito, de un evento catastrófico de origen natural, de un evento terrorista o de los que sean aprobados por el Ministerio de Salud y Protección Social en su calidad de Consejo de Administración del Fosyga, cuando como consecuencia de tales acontecimientos se produzca en ella la pérdida de su capacidad para desempeñarse laboralmente”

Lo anterior se reiteró en el artículo 2.6.1.4.2.6 del Decreto 780 de 2016[43], el cual establece que, el beneficiario y legitimado para solicitar por una sola vez la indemnización por incapacidad permanente, es la víctima de un accidente de tránsito, cuando se produzca en ella alguna pérdida de capacidad laboral como consecuencia de tal acontecimiento.

4.2.3. A su vez, el artículo 2.6.1.4.3.1 del Decreto 780 de 2016[44], expresamente indica que para radicar la solicitud de indemnización por incapacidad permanente ocasionada por un accidente de tránsito es necesario aportar:

“1. Formulario de reclamación que para el efecto adopte la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social debidamente diligenciado.

2. Dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral en firme emanado de la autoridad competente de acuerdo a lo establecido en el artículo 142 del Decreto-ley 019 de 2012, en el que se especifique el porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

3. Epicrisis o resumen clínico de atención según corresponda, cuando se trate de una víctima de accidente de tránsito.
4. Epicrisis o resumen clínico de atención expedido por el Prestador de Servicios de Salud y certificado emitido por el Consejo Municipal de Gestión del Riesgo de Desastres, en el que conste que la persona atendida fue víctima de eventos catastróficos de origen natural o de eventos terroristas.
5. Cuando la reclamación se presente ante el Fosyga, declaración por parte de la víctima en la que indique que no se encuentra afiliado al Sistema General de Riesgos Laborales y que no ha recibido pensión de invalidez o indemnización sustitutiva de la misma por parte del Sistema General de Pensiones.
6. Sentencia judicial ejecutoriada en la que se designe el curador, cuando la víctima requiera de curador o representante.
7. Copia del registro civil de la víctima, cuando esta sea menor de edad, en el que se demuestre el parentesco con el reclamante en primer grado de consanguinidad o sentencia ejecutoriada en la que se designe el representante legal o curador.
8. Poder en original mediante el cual la víctima autoriza a una persona natural para que presente la solicitud de pago de la indemnización por incapacidad” (énfasis fuera del texto original).

4.2.4. Asimismo, el parágrafo 1º del artículo 2.6.1.4.2.8 del Decreto 780 de 2016[45] con relación a la valoración de la pérdida de capacidad laboral, dispone que “[l]a calificación de pérdida de capacidad será realizada por la autoridad competente, de acuerdo a lo establecido en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto ley 019 de 2012 y se ceñirá al Manual Único para la pérdida de capacidad laboral y ocupacional vigente a la fecha de la calificación”.

De este modo, el artículo 41 de la Ley 100 de 1993[46], modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012[47], que regula la calificación del estado de invalidez, estableció en su inciso segundo las autoridades competentes para determinar la pérdida de capacidad laboral:

“(…) Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitir a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales (...)” (énfasis fuera del texto original).

De acuerdo con lo anterior, les corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, a las administradoras de riesgos laborales, a las compañías de seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y a las entidades promotoras de salud realizar, en una primera oportunidad, el dictamen de pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez. En caso de existir inconformidad del interesado, la Entidad deberá solicitar a la Junta Regional de Calificación de Invalidez la revisión del caso, decisión que será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Esto significa que, antes que nada, es competencia del primer conjunto de instituciones mencionadas la práctica del dictamen de pérdida de capacidad laboral y la calificación del grado de invalidez. En términos generales, solamente luego, si el interesado se halla en desacuerdo con la decisión, el expediente debe ser remitido a la Junta Regional de Calificación de Invalidez para que se pronuncie y, de ser impugnado el correspondiente concepto técnico, corresponderá resolver a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

De otra parte, la Sala subraya que, en primera oportunidad, la emisión del dictamen constituye una obligación a cargo, no solo de las entidades tradicionales del sistema de seguridad social, como los fondos de pensiones, las administradoras de riesgos laborales y las entidades promotoras de salud. En los términos indicados, ese deber también recae en las compañías de seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, cuando el examen tenga relación con la ocurrencia del siniestro amparado mediante la respectiva póliza. Esto implica, a propósito del asunto que se debate en la presente acción de tutela, que las

empresas responsables del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito tienen también la carga legal de realizar, en primera oportunidad, el examen de pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez de quien realiza la reclamación.

Como se indicó en los fundamentos anteriores, mediante la aseguración de accidentes de tránsito, se busca una cobertura, entre otros riesgos, frente a daños físicos que se puedan ocasionar a las personas, los gastos que se deban sufragar por atención médica, quirúrgica, farmacéutica, hospitalaria y la incapacidad permanente. En este sentido, las empresas que expiden las pólizas de accidente de tránsito son entidades competentes para determinar la pérdida de capacidad laboral de los afectados, de conformidad con el artículo 41 de la Ley 100 de 1993[48], modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012[49]. Esta norma prevé que las compañías de seguros que asuman el riesgo de invalidez se encuentran en dicha obligación, naturaleza que precisamente poseen las empresas responsables de la póliza para accidentes de tránsito.

4.2.5. Lo anterior fue precisado, también, en la Sentencia T-400 de 2017[50]. En este Fallo, la Sala Octava de Revisión de la Corte decidió el caso de una persona que, con ocasión de un accidente de tránsito, pretendía acceder a la indemnización por incapacidad permanente cubierta por el SOAT, sin que contara con los medios económicos para cubrir los honorarios de la Junta Regional de Calificación, por lo que solicitó mediante la acción constitucional que la compañía aseguradora solventara dicho emolumento. Antes de resolver el debate acerca de la responsabilidad sobre el pago de los referidos honorarios, la Corte clarificó que la accionada tenía la responsabilidad directa de garantizar, en primera oportunidad, el documento requerido por la accionante.

Advirtió que la Empresa de Seguros es la obligada a realizar el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral en primera oportunidad, según lo establecido por el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, como entidad aseguradora que asumió el riesgo de invalidez y muerte. Puesto que la demandada no había procedido de conformidad, la Sala Octava concluyó que se había vulnerado el derecho fundamental a la seguridad social de la accionante. Como consecuencia, en una de las órdenes emitidas, dispuso que la compañía demandada debía efectuar el examen de pérdida de capacidad laboral a la peticionaria[51].

4.2.6. En este orden de ideas, recapitulando, de la regulación sobre el reconocimiento de la indemnización por incapacidad permanente a causa de accidentes de tránsito, pueden sintetizarse las siguientes reglas:

(i) para acceder a la indemnización por incapacidad permanente amparada por el SOAT, es indispensable allegar el dictamen médico proferido por la autoridad competente.

(ii) dentro de las autoridades competentes para determinar, en primera oportunidad, la pérdida de capacidad laboral, enunciadas en el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 100, modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, se encuentran las compañías de seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte.

(iii) dado que las empresas responsables del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito asumen, entre otros riesgos, el de incapacidad permanente, tienen también la carga legal de practicar, en primera oportunidad, el examen de pérdida de capacidad laboral y calificar el grado.

8. Caso Concreto

De conformidad con el problema jurídico planteado y el precedente jurisprudencial citado, se debe determinar si **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**, vulneró los derechos fundamentales a la salud y seguridad social del señor **LUIS ENRIQUE GARABAN COLINA**, por la negativa de sufragar el pago de los honorarios a la Junta Regional de Calificación de Invalidez para la calificación de su Pérdida de Capacidad Laboral.

De las pruebas allegadas a la presente acción, se observa que en efecto, el señor **LUIS ENRIQUE GARABAN COLINA** presentó derecho de petición el 29 de julio de 2021 ante la accionada **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**, para que ésta asumiera el valor de los honorarios de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander, dado que no cuenta con los recursos económicos para poder cancelar dicho examen ([Archivo pdf 0.3](#)), no obstante, dicha solicitud no fue contestada.

Por su parte, la entidad requerida mediante el trámite de tutela negó asumir tal pago, afirmando que el pago de los honorarios está a cargo de quien requiere el examen de pérdida de capacidad laboral.

Al respecto es necesario indicar que el numeral 2° del artículo 192 del Decreto Ley 663 de 1993, dispone que a las aseguradoras que cubran las contingencias del SOAT, les corresponde “ Cubrir la muerte o los daños corporales físicos causados a las personas; los gastos que se deban sufragar por atención médica, quirúrgica, farmacéutica, hospitalaria, incapacidad permanente; los gastos funerarios y los ocasionados por el transporte de las víctimas a las entidades del sector salud;” y además, “La atención de todas las víctimas de los accidentes de tránsito, incluso las de causados por vehículos automotores no asegurados o no identificados, comprendiendo al conductor del vehículo respectivo;”, entre otras.

Así mismo, en cuanto a la indemnización por la incapacidad permanente parcial está regulada por la en el artículo 2.6.1.4.2.6 del Decreto 780 de 2016, el cual señala que “... el valor a reconocer, por una única vez, a la víctima de un accidente de tránsito, de un evento catastrófico de origen natural, de un evento terrorista o de los que sean aprobados por el Ministerio de Salud y Protección Social en su calidad de Consejo de Administración del Fosyga, cuando como consecuencia de tales acontecimientos se produzca en ella la pérdida de su capacidad para desempeñarse laboralmente”.

Para el reconocimiento de esta prestación, es necesario realizar el valor de la pérdida de capacidad laboral, respecto lo cual el parágrafo 1° del artículo 2.6.1.4.2.8 del Decreto 780 de 2016 estableció que “La calificación de pérdida de capacidad será realizada por la autoridad competente, de acuerdo a lo establecido en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto-ley 019 de 2012 y se ceñirá al Manual Único para la pérdida de capacidad laboral y ocupacional vigente a la fecha de la calificación.”; por lo que la misma debe realizarse en una primera oportunidad por parte del “...Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS...””; y en primera y segunda instancia, por parte de las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez, según lo contempla el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, no existe en esta normatividad una regla que regule a quien le corresponde el cubrimiento de los gastos derivados de la calificación, por ello, tal y como lo precisó la sentencia T – 400 de 2017, “extender la carga de cancelar los honorarios de la Junta de Calificación de Invalidez al aspirante beneficiario para que se le evalúe su grado de capacidad laboral, desconoce la protección especial que debe ofrecer el Estado a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta”.

Por lo tanto, conforme los parámetros constitucionales, la asegurados con la que se haya suscrito la respectiva póliza debe cumplir su obligación con la víctima a la hora de otorgar la respectiva prestación económica; sin que pueda imponer esta carga al actor, pues la misma resulta desproporcionada y restringe el acceso a las prestaciones consagradas para reparar la pérdida de capacidad laboral sufrida como consecuencia del accidente.

En esta medida, concluye este Despacho que es deber de la compañía **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**, asumir el costo de los honorarios de las Juntas de Calificación de Invalidez, pues es quien cuenta con la capacidad económica para hacerlo.

Ahora bien, conforme a las pruebas allegadas al expediente digital, se advierte que la accionada efectuó orden de pago No. 31463455 el día 3 de noviembre de 2021, para que se realice la calificación de la pérdida de la capacidad laboral del señor **LUIS ENRIQUE GARABAN COLINA.**



ORDEN DE PAGO

Nro. 31463455

Sucursal : 4 BOGOTÁ CORREDORES	Fecha Emisión : 03/11/2021
Dependencia : Indemnizaciones Alto Costo	Fecha Estimada : 03/11/2021
Tipo de Pago : SAP	

Beneficiario : JUNTA REGIONAL DE NTE DE SANTANDER	Documento: 807.007.370-1
Cheque a nombre de : JUNTA REGIONAL DE NTE DE SANTANDER	Valor \$: 908,526.00

Valor en letras
NOVECIENTOS OCHO MIL QUINIENTOS VEINTISEIS PESOS M/CTE.*****

DETALLE DEL PAGO

NIT 8070073701
SUCURSAL: BOGOTA CORREDORES
TIPO DE PAGO: TRANSFERENCIA ELECTRONICA
TIPO DE CUENTA: AHORROS
NUMERO DE CUENTA: 162517528
BANCO DAVIVIENDA
CODIGO DEL PROVEEDOR SISE: 11460

PAGO DE SINIESTROS PRESENTADOS POR LAS POLIZAS DE SEGURO OBLIGATORIO PARA ACCIDENTES DE TRANSITO SOAT:
AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. BAJO EL RAMO SOAT CANCELA POR MEDIO DE LA PRESENTE ORDEN DE PAGO A:

NOMBRE: JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION INVALIDEZ -NTE DE SANTANDER
DIRECCION : AV 2 No. 15 - 64 la playa
TELEFONO : 5716652
CIUDAD CUCURA
DEPARTAMENTO: NORTE DE SANTANDER

FACTURA NRO: 20403497 PAGO DE LOS HONORARIOS PARA LA JUNTA REGIONAL PARA QUE PUEDA SER CALIFICADO LUIS ENRIQUE GARABAN COLINA CC 20696962 POR EL ACCIDENTE DE TRANSITO OCURRIDO EL 06/07/2021 CUBIERTO CON UNA POLIZA SOAT EXPEDIDA POR ESTA COMPAÑIA ASEGURADORA PARA EL VEHICULO DE PLACAS RVH37B
DINERO ABONADO A LA SIGUIENTE CUENTA:

CUENTA No 162517528
TIPO DE CUENTA AHORROS
BANCO DAVIVIENDA

DESCRIPCION	DEBE	HABER
SINIESTROS LIQUIDADOS POR PAGAR - BOGOTA CALLE 80	908,526.00	0.00
SUMAS	908,526.00	0.00
TOTAL		908,526.00

En este contexto, al desaparecer las causas que motivaron la interposición de la presente acción en ocasión a que **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.** ha realizado el pago a la Junta Regional de Calificación de Invalidez para que realice el examen de pérdida de capacidad laboral al actor. En criterio de este Despacho, resulta inane dar una orden de amparo a un derecho fundamental que ya no se encuentra siendo vulnerado.

Así las cosas, este Despacho considera que se configura la carencia actual de objeto por hecho superado, en la medida que se le dio cumplimiento a la orden de tutela de primera instancia, por lo que cualquier vulneración del derecho a la salud que pudiera haberse presentado cesó.

En relación con ello, en la sentencia T-059-16 de la Honorable Corte Constitucional señaló lo siguiente:

“4.4.2. El hecho superado tiene ocurrencia cuando lo pretendido a través de la acción de tutela se satisface y desaparece la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados por el demandante, de suerte que la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua y, por lo tanto, contraria al objetivo de protección previsto para el amparo constitucional. En este supuesto, no es perentorio incluir en el fallo un análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales cuya protección se demanda, salvo “si considera que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, [ya sea] para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes, si así lo considera. De otro lado, lo que sí resulta ineludible en estos casos, es que la providencia judicial incluya la demostración de la reparación del derecho antes del momento del fallo. Esto es, que se demuestre el hecho superado. (Subraya la Sala)

4.4.3. Precisamente, en la Sentencia T-045 de 2008, se establecieron los siguientes criterios para determinar si en un caso concreto se está o no en presencia de un hecho superado, a saber:

“1. Que con anterioridad a la interposición de la acción exista un hecho o se carezca de una determinada prestación que viole o amenace violar un derecho fundamental del accionante o de aquél en cuyo favor se actúa. 2. Que durante el trámite de la acción de tutela el hecho que dio origen a la acción que generó la vulneración o amenaza haya cesado. (Subraya la Sala) Acción de Tutela N° 2020-00129 Sentencia de Primera Instancia 7 3. Si lo que se pretende por medio de la acción de tutela es el suministro de una prestación y, dentro del trámite de dicha acción se satisface ésta, también se puede considerar que existe un hecho superado.”

Por lo anterior, se procederá a revocar la decisión proferida por el **Juzgado Primero Municipal de Pequeñas Causas de Cúcuta** en la sentencia de fecha 02 de noviembre de 2021, y en su lugar, se declarará improcedente la acción de tutela por haberse configurado la carencia de objeto por hecho superado.

9. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

REVOCAR la sentencia de fecha 02 de noviembre de 2021 proferida por el **Juzgado Primero Municipal de Pequeñas Causas de Cúcuta**, y en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR LA IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA por haberse configurado la carencia de objeto por hecho superado, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. NOTIFICAR a los interesados lo decidido en la presente providencia.

TERCERO. Una vez ejecutoriada la presente providencia, en caso de no ser impugnada, **REMÍTASE** a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser seleccionada para revisión, se dispone a obedecer y cumplir lo ordenado por el superior y el archivo de la acción.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARICELA C. NATERA MOLINA
Juez

LUCIO VILLÁN ROJAS
Secretario



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA

San José de Cúcuta, seis (06) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

RAD. JUZGADO: 54-001-41-05-002-2021-00714-01

ACCIONANTE: **MARYSABELLA GUERRERO YAÑEZ** quien actúa como agente oficioso de la señora **CARMEN CECILIA YAÑEZ GRANDE**.

ACCIONADO: **SANITAS EPS, vinculado INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NORTE DE SANTANDER, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL, IPS AUVIMER Y UNIDAD HEMATOLÓGICA ESPECIALIZADA.**

Procede este Despacho a decidir la impugnación interpuesta por la accionada **SANITAS EPS** en contra de la sentencia de fecha 27 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral de Pequeñas Causas de Cúcuta dentro de la acción de tutela de la referencia.

1. ANTECEDENTES

La señora **MARYSABELLA GUERRERO YAÑEZ** quien actúa como agente oficiosa de la señora **CARMEN CECILIA YAÑEZ GRANDE** interpuso acción de tutela a por la vulneración de sus derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas, con fundamento en lo siguiente:

- Manifiesta que la señora **CARMEN CECILIA YAÑEZ GRANDE** tiene 76 años de edad, y presenta múltiples patologías “hipertensión arterial, enfermedad coronaria IA con IAM + STEIN año 2006, nefropatía y neuropatía diabética hipotiroidismo, infección urinaria persistente, cáncer de seno bilateral con mastectomía bilateral, radioterapias y hormonoterapia, alergia y transfusiones”.
- Refiere que dada sus patologías el médico tratante le ordenó terapias físicas por 20 x mes y enfermería 12 horas x 30 días.
- Sostuvo que la E.P.S autorizó el servicio de enfermería por 8 días, sin tener en cuenta la orden médica prescrita por el galeno tratante, situación que afecta la salud de la agenciada como quiera que es una persona de la tercera edad y depende de terceras persona para su movilidad.
- Alegó que debido a sus enfermedades se encuentra postrada en una cama por lo que requiere uso de pañal 24 horas para sus necesidades, como quiera que no puede moverse por sí sola.

2. PETICIONES

Con fundamento en los anteriores hechos, la parte accionante pretende que se conceda la protección de sus derechos fundamentales, y en consecuencia, se ordene a la entidad accionada **SANITAS E.P.S** a que autorice y suministre enfermería 12 horas x 30 días, terapias físicas 20 x mes, pañales desechables, crema anti-escara, pañitos húmedos, silla de ruedas, para el manejo de sus patologías.

3. RESPUESTA DE LA ACCIONADA

- **SANITAS EPS**, señaló que la señora Carmen Cecilia Yáñez Grande, se encuentra afiliada al Sistema de Salud a través de la EPS Sanitas S.A.S., en calidad de Cotizante Pensionado, con un ingreso base de cotización de \$1.651.511, contando con 900 semanas de antigüedad ante el Sistema de Seguridad Social en Salud.

Sostuvo que el servicio de terapias físicas estas no requieren autorización por la EPS Sanitas S.A.S, no obstante, indicó que la actora se encuentra recibiendo atención en el domicilio por parte de medicina prepagada, por lo que cuenta con autorización del servicio de cuidador domiciliario día 12 horas por enfermera por 8 días.

Por otro lado, manifestó que la solicitud de la señora Marysabella Guerrero Yáñez como agente oficiosa de la señora Carmen Cecilia Yáñez Grande, de un servicio de enfermería domiciliaria por 24 horas está encaminada a imprósperar, toda vez que no existe pertinencia u orden por médico tratante de que éste sea requerido.

Indicó que la silla de ruedas no puede solicitarse al mipres, ni se puede cubrir con recursos de la upc, y más cuando están hablando de una silla de ruedas con características específicas y especiales. Por lo tanto, una silla de ruedas debe importarse, y acorde con los trámites y los requisitos de importación, el tiempo total para la disponibilidad del producto en el proveedor es de noventa días (90) aproximadamente.

- **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD**, manifestó que es función de la EPS, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esa entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad.

Igualmente, solicitó negar la facultad de recobro, toda vez que esta se tornó inexistente ante la expedición de las Resoluciones 205 y 206 de 2020, por consiguiente, la ADRES ya GIRÓ a la EPS los recursos de los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, además cuenta con los recursos de la Unidad de Pago por Capitación para suministrar los servicios que requiere la parte actora.

- **INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD NORTE DE SANTANDER**, manifestó que revisada la base datos única de afiliados al sistema de seguridad social en salud que el Administrador de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES dispuso como material de consulta, se aprecia que la señora Carmen Cecilia Yáñez Grande se encuentra afiliado en el régimen contributivo en Sanitas EPS y estado actual es activo.
- **AUVIMER IPS**, alegó que no ha negado ningún servicio de salud y como se pudo explicar el inconformismo presentado por el accionante corresponde solucionarlo únicamente a SANITAS EPS.
- **UNIDAD HEMATOLÓGICA ESPECIALIZADA**, no respondió.

4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de fecha 27 de octubre de 2021, el Juzgado Segundo Laboral de Pequeñas Causas de Cúcuta decidió tutelar los derechos fundamentales de la accionante, y en consecuencia, ordenó a **SANITAS EPS** que autorice y realice a la señora **CARMEN CECILIA YAÑEZ GRANDE** enfermería 12 horas x 30 días, terapias físicas 20 x mes, en una I.P.S. de su red de prestadores de servicios que garantice diligentemente la realización de esta atención; asimismo, ordenó que autorice y practique a la accionante una valoración médica con el especialista idóneo, adscrito a la entidad o a su red de prestadores de servicios, para determinar la necesidad del suministro de los insumos pañales desechables, crema anti-escara, pañitos húmedos, silla de ruedas. A su vez, ordenó que, si en la valoración se determina que, dadas las condiciones de salud de la actora es

pertinente autorizar y suministrar los servicios en mención u otros, la entidad accionada deberá hacerlo siguiendo la orden del galeno de forma inmediata.

5. IMPUGNACIÓN

La accionada **SANITAS EPS** impugnó la decisión anterior, manifestando que el A quo no tuvo en cuenta lo siguiente:

- Que no fue concedido el recobro al ADRES de los insumos que deban ser autorizados en razón a la protección al derecho fundamental de salud que se concedió a la accionante.
- Que el no recobro traería consecuencias negativas a la EPS económicamente hablando, pues los recursos con los que cuentan son limitados, así como lo son los del SGSSS.
- Al ordenar que la EPS Sanitas autorice la atención de prestaciones asistenciales excluidas del Plan Obligatorio de Salud, sin ORDENARLE a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES) el reintegro en un 100% del valor de las mismas, se está imponiendo sin fundamento legal alguno, obligaciones que no le corresponden a EPS Sanitas S.A., vulnerando con ello su seguridad jurídica, la cual se encuentra garantizada por las diferentes normas que conforman el marco jurídico, y que regulan sus obligaciones y su participación junto con el Estado, en la prestación de los servicios de salud.
- En la sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional estableció que no es necesario que el Juez de tutela se pronuncie frente al recobro al FOSYGA por los servicios NO POS que en virtud de las decisiones judiciales se ordenen prestar a las Entidades Promotoras de Salud y que solo bastará agotar los trámites legales establecidos en la normativa vigente que regule la materia, sin embargo en la práctica se ha evidenciado dificultades al momento de efectuar el recobro cuando dicha situación no está expresamente indicada en el fallo de tutela ocasionado las glosas de los recobros presentados para reconocimiento y pago.
- Es importante resaltar, que el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, es la Entidad que legalmente debe asumir los costos de servicios excluidos del POS que se ordenan a través de fallos de tutela, tal como lo señala el ordenamiento jurídico del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- Que la facultad de recobro ante el FOSYGA fue reconocida por la Corte Constitucional a favor de las EPS desde la sentencia SU-480 de 1997 (Línea jurisprudencial actualmente vigente, que no ha sufrido ninguna modificación en los últimos diez años), y en la actualidad el ejercicio de la misma se encuentra regulada en las Resoluciones 2933 del 2006 y 3099 de 2008, expedidas por el Ministerio de la Protección Social.
- Esta facultad se expresa de manera especialmente clara en la sentencia T – 202 de 2007 en la que se especifica: *“Así las cosas, cuando se impone a las EPS asumir unas responsabilidades que exceden los límites contractuales y legales, se altera necesariamente en el equilibrio financiero de estas entidades y por tanto del propio sistema. Esta razón fue la que motivó que la jurisprudencia constitucional hubiera definido como regla, que cada vez que se ordene a una EPS una prestación de un servicio médico que se encuentre excluido del POS, el juez de tutela debe garantizar el derecho a recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía del Ministerio de la Protección Social”*²(negrilla fuera de texto)

6. TRÁMITE DE INSTANCIA

Mediante auto de fecha 08 de noviembre de 2021 se admitió la impugnación presentada por la accionada en contra de la sentencia de tutela dictada dentro de la acción de la referencia, efectuando el trámite correspondiente.

7. CONSIDERACIONES

7.1. Problema Jurídico

En virtud de la impugnación presentada por la parte accionada, se debe establecer en esta instancia si debe ordenar a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** que autorice a la accionada **SANITAS** el recobro de los costos de servicios excluidos del POS que se ordenan a través de fallos de tutela.

7.2. Aspectos Generales de la acción de tutela

Es una garantía constitucional de toda persona, exigir ante las autoridades judiciales la protección inmediata de sus derechos fundamentales, a través de la acción de tutela, consagrada como un mecanismo preferente y sumario que se surte en un término de diez (10) días, que tiene como objetivo impedir o cesar la vulneración o amenaza de éstos derechos, a través de una sentencia que es de inmediato cumplimiento y es susceptible de ser impugnada por las partes.

De conformidad con el artículo 2° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales, y es procedente contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o particulares, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de éstos derechos; pero solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en los términos del numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991.

Es decir, que la acción de tutela tiene un carácter residual y está sujeta a la inexistencia o ineficacia de otro mecanismo judicial que garantice de forma oportuna y efectiva la protección del derecho fundamental que está siendo vulnerado o amenazado por la acción u omisión de una autoridad o un particular.

7.3. Legitimación en la causa por activa

Según lo dispone el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ser interpuesta por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien puede actuar por sí misma, a través de apoderado judicial, o representado por un agente oficioso cuando no esté en condiciones de promover su propia defensa.

De lo anterior, se colige que hay diferentes formas para que se configure la legitimación por activa, entre las que encontramos las siguientes: a) Cuando la interposición de la acción se realiza a través de apoderado judicial, para lo cual se requiere el poder que lo faculte para ejercer la acción; b) Cuando el que interpone la tutela es el representante legal, ya sea de una empresa o de un menor de edad, de un interdicto, etc.; c) Cuando el afectado de manera directa propugna por sus derechos; d) y Cuando se realiza a través de agente oficioso. ¹

En atención a las anteriores precisiones normativas, es del caso advertir que la acción de tutela fue interpuesta por la señora **MARYSABELLA GUERRERO YAÑEZ** quien actúa como agente oficiosa de su madre **CARMEN CECILIA YAÑEZ GRANDE**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud y vida digna, por lo que se encuentra legitimada para incoar la misma.

8. Caso concreto

De conformidad con lo anterior, se analizarán previamente las pruebas allegadas al plenario, con el fin de verificar si hay lugar a ordenar a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** que autorice a la accionada **SANITAS** el recobro de los costos de servicios excluidos del POS que se ordenan a través de fallos de tutela.

En este asunto en primera instancia consideró el Juzgado Segundo de Pequeñas Causas Laborales de Cúcuta que de acuerdo a las pruebas allegadas al expediente digital y los lineamientos jurisprudenciales “Es claro que el accionante requiere la prestación de los servicios médicos para contrarrestar la patología que está afectando su salud, por lo tanto, no existe duda de la obligación de la accionada como entidad aseguradora de garantizar tales servicios, razones suficientes para que en sede de tutela se proteja los derechos fundamentales de la señora Carmen Cecilia Yáñez Grande, impartiendo las órdenes pertinentes para el efecto”.

Ahora bien, según las afirmaciones realizadas en la impugnación por parte de la accionada **SANITAS EPS**, el cumplimiento de la orden del A quo conlleva a que deba autorizarse los servicios conocidos como EXCLUSIONES DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD que no pueden ser recobrados por el ADRES a través de MIPRES de la EPS, lo que puede traer efectos negativos en la entidad económicamente hablando, así como también, puede ocasionar abusos al posiblemente llegar a ordenar servicios que ni siquiera son médicos como puede llegar a suceder por el hecho de autorizar insumos como pañales desechables, crema anti-escara, pañitos húmedos, silla de ruedas.

Respecto a los servicios incluidos, no incluidos y excluidos del Plan de Beneficios de Salud y el trámite de recobro ante el ADRES, la Corte Constitucional en la Sentencia T-245 de 2020, explicó lo siguiente:

“7. Servicios y tecnologías en salud incluidos, no incluidos expresamente y excluidos de financiamiento con recursos públicos

El artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 establece que el SGSSS garantizará el derecho fundamental a la salud por medio de “la prestación de servicios y tecnologías estructurados sobre una concepción integral de la salud”. Al respecto, se dispone que: (i) en términos generales, los recursos públicos asignados para la salud (en adelante RPAS) podrán destinarse para financiar los servicios y tecnologías que se requieran para la atención de una enfermedad y, (ii) a manera de excepción, los RPAS no podrán destinarse para financiar servicios y tecnologías que se encuentren explícitamente excluidas por el Ministerio de Salud y Protección Social. En otras palabras, la Ley Estatutaria dispone una concepción integral del derecho a la salud, según la cual todo servicio o tecnología que no esté expresamente excluido se entiende incluido y, por ende, debe prestarse.

Como consecuencia de esta regulación, el mencionado Ministerio profirió: (i) la Resolución 5592 de 2015, por medio de la cual actualizó el conocido Plan Obligatorio de Salud -POS-, de tal manera que se comenzó a llamar Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación -PBS o PBSUPC- (recientemente actualizada con la Resolución 3512 de 2019); (ii) la Resolución 3951 de 2016, mediante la cual se estableció el procedimiento de prescripción y pago de servicios y tecnologías no cubiertas por el PBSUPC (actualmente la Resolución 1885 de 2018); y (iii) la Resolución 5267 de 2017, con la cual se adoptó el listado de servicios y tecnologías excluidos de financiación con RPAS (recientemente actualizada con la Resolución 244 de 2019).

Así las cosas, se observa que el SGSSS prevé tres posibilidades sobre los servicios y tecnologías en salud:

- (i) Que estos se encuentren incluidos en el PBS y, por tanto, deben ser suministrados y financiados con RPAS (Resolución 5857 de 2018).*
- (ii) Que estos no estén expresamente incluidos en el PBS y, por ende, deben ser autorizados mediante un trámite de recobro (Resolución 1885 de 2018).*
- (iii) Que estos sean expresamente excluidos del PBS, en cuyo caso, en principio, no podrán ser financiados con RPAS (Resolución 244 de 2019).*

Esta diferenciación entre servicios y tecnologías en salud expresamente incluidos, no expresamente incluidos y excluidos del PBS obedece a que existen diferentes fuentes de financiación de los servicios y tecnologías en salud, y normatividad aplicable para cada categoría.

De esta forma, resulta pertinente explicar los alcances de estas posibilidades, como se indica continuación.

7.1. Servicios y tecnologías incluidos en el PBS - Resolución 5857 de 2018. Cuando un médico tratante de la EPS formula un servicio y tecnología incluida en el PBS, dicha entidad no puede negar su suministro. Las coberturas del régimen subsidiado son las mismas que las del régimen contributivo.

7.2. Servicios y tecnologías no incluidos expresamente en el PBS - Resolución 1885 de 2018. De conformidad con lo ya expuesto, según lo previsto en el artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, por regla general, los servicios y tecnologías que no se encuentren expresamente excluidos, deben ser prestados a los pacientes, así no se encuentren explícitamente incluidos en el PBS. Por tal motivo, la Resolución 1885 de 2018 estableció el procedimiento administrativo con el cual se define el acceso, reporte de prescripción y suministro de servicios y tecnologías no incluidas en el PBS, entre otras. Además, dicha Resolución reguló el correspondiente procedimiento de recobro ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante ADRES). La jurisprudencia constitucional ha dicho que el juez de tutela puede autorizar el suministro de elementos no incluidos expresamente en el PBS cuando se acredite que:

- (i) La falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida o a la integridad personal de quien lo requiere.
- (ii) El servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el Plan de Beneficios en Salud.
- (iii) Ni el interesado ni su núcleo familiar pueden costear las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada a cobrar y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie[171].
- (iv) El servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien lo solicita, o se puede deducir razonablemente que la persona requiere dicho servicio.

7.3. Servicios y tecnologías excluidos del PBS - Resolución 244 de 2019. El artículo 15 de la Ley Estatutaria en Salud estableció los parámetros para definir los servicios y tecnologías que deben ser excluidos de ser financiados con RPAS. El párrafo tercero del citado artículo 15 previó que “bajo ninguna circunstancia deberá entenderse que los criterios de exclusión definidos en el presente artículo, afectarán el acceso a tratamientos a las personas que sufren enfermedades raras o huérfanas”. Además, se le asignó al Ministerio de Salud y Protección Social la obligación de regular y adelantar un procedimiento con el cual se determinen las mencionadas exclusiones.

Al respecto, se indicó que el trámite para definir las exclusiones debe estar precedido por la participación de la comunidad y de expertos en el área de la salud, quienes deben emitir un concepto científico que soporte la decisión de exclusión. Por lo expuesto, se profirió la Resolución 330 de 2017 con la cual se adoptó el procedimiento técnico-científico y participativo para la determinación de las exclusiones. En cumplimiento del referido procedimiento, actualmente se encuentra vigente la lista de exclusiones de la Resolución 244 de 2019.

Esta Corte, en la Sentencia C-313 de 2014[173], estudió el contenido material del mencionado artículo 15 y resolvió declararlo exequible bajo el entendido “de que no puede dar lugar a menoscabar la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales”. Al respecto, se aclaró que el juez de tutela tiene la facultad de inaplicar las normas que regulan las exclusiones cuando concurren las siguientes condiciones:

“a. Que la ausencia del fármaco o procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.

- b. Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.
- c. Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.
- d. Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro”.

En aplicación de la citada regla jurisprudencial, esta Corte ha proferido diferentes sentencias de las cuales se destacan las siguientes premisas que el juez de tutela debe considerar al momento de inaplicar una exclusión: (i) no basta la orden del médico tratante adscrito a la EPS para que con esta se autorice un servicio excluido, además se requiere el cumplimiento de los otros citados requisitos de la Sentencia C-313 de 2014; y (ii) la orden médica es relevante para establecer objetivamente si el servicio, tecnología o medicamento excluido es pertinente para el tratamiento que requiere el paciente, y para evidenciar si el PBS contempla alternativas aptas con las cuales se pueda suplir la exclusión solicitada.

Además, el análisis de fondo que puede realizar el juez de tutela en casos de exclusiones, resulta de particular importancia debido a que el SGSSS no regula un procedimiento judicial o administrativo con el cual sea posible requerir el suministro de lo excluido. Esto se fundamenta en que: (i) como ya se explicó, la Superintendencia no tiene competencia jurisdiccional para conocer pretensiones sobre exclusiones; y (ii) **el procedimiento de autorización y recobro previsto en la Resolución 1885 de 2018 no aplica para el caso de las exclusiones. Ello dado que:**

- **a) El numeral 2 del artículo 23 de la citada Resolución establece que la Junta de Profesionales de la Salud (en adelante JPS) no puede aprobar la prestación solicitada cuando esta se enmarque en los lineamientos del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 o, ya haga parte del listado de exclusiones.**

- **b) El numeral 5 del artículo 23 de la citada Resolución dispone que un criterio de aprobación que la JPS debe verificar es que se hayan agotado las alternativas del PBS, esto indica que se debe verificar que se trate de servicios o tecnologías no incluidos expresamente[179] en el PBS.**

- **c) La lógica de la Resolución en cita evidencia que está principalmente concebida para atender los casos de no incluidos expresamente[180] en el PBS, pues se entienden como no financiados con recursos de la UPC.**

d) Se observa que el numeral 10 del artículo 3 de la Resolución en comento, indica que las exclusiones son “prestaciones no financiadas con recursos del Sistema de Salud”, y el artículo 1° de dicha Resolución dice que su objeto son principalmente las “tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC”, sin mencionar a las primeras. En efecto, el texto de la Resolución evidencia que los conceptos en cita son diferentes y, además, en este no se vuelve a mencionar a las “prestaciones no financiadas con recursos del Sistema de Salud”[181].

Aunado a todo lo expuesto, como ya se indicó, de no cumplirse el requisito de tener una orden médica, el juez de tutela, excepcionalmente, podría ordenar un amparo en la faceta de diagnóstico, en caso de existir un indicio razonable de la afectación de salud. En otras palabras, el juez de tutela, eventualmente, podría ordenar a la EPS correspondiente que, por medio de sus médicos adscritos, emita un diagnóstico efectivo, con el cual se determine si se requiere con necesidad el servicio o tecnología expresamente excluido.

No obstante lo anterior, es oportuno recordar que, tal y como se explicó en la Sentencia T-491 de 2018[183], existen casos en los que el juez de tutela puede, de forma excepcional, “llegar al convencimiento de que la persona requiere de un servicio, un insumo o tratamiento médico, en atención a sus particulares necesidades y a las enfermedades que padece”. Al respecto, se consideró que “hay situaciones en las que el juez constitucional debe prescindir de la prescripción médica para procurarle a la persona el acceso a una prestación que necesita, pues, salta a la vista que, de no proveérsele, las consecuencias negativas para este serían apenas obvias; principalmente, en situaciones en las que el riesgo de sufrirlas se potencializa en razón de factores socioeconómicos, cuando los recursos de los que dispone –él o su núcleo familiar– carecen de la entidad suficiente para mitigar el daño ocasionado por la ausencia del elemento pretendido, tenga o no carácter medicinal”[184].

8. Caracterización de los servicios y tecnologías en salud pretendidos

Bajo los parámetros expuestos, a continuación, se explica de forma particular cada uno de los servicios o tecnologías en salud que son objeto de debate en los expedientes acumulados:

(i) **Pañales.** No fueron excluidos de financiación con recursos públicos por parte de la Resolución 244 de 2019. Al respecto, se aclara que los pañales no se pueden incluir dentro de la categoría de “insumos de aseo” que prevé la citada Resolución, debido a que las exclusiones del PBS deben ser interpretadas de manera restrictiva, en razón al procedimiento específico que se requiere efectuar para su determinación[185]. **Además, no se encuentran expresamente incluidos en el PBS, en consecuencia, son un insumo no incluido expresamente en el PBS. Sobre este insumo se ha dicho que, si bien es cierto que por sí mismo no contribuye directamente a la recuperación o curación definitiva de la patología del paciente, no se puede ignorar que sí tiene una incidencia positiva.**

(ii) **Guantes y gasas.** No fueron excluidos de financiación con recursos públicos por parte de la Resolución 244 de 2019. Al respecto, se aclara que los guantes y las gasas no se pueden incluir dentro de la categoría de “insumos de aseo” que prevé la citada Resolución, debido a que las exclusiones del PBS deben ser interpretadas de manera restrictiva, en razón al procedimiento específico que se requiere efectuar para su determinación. **Además, no se encuentran expresamente incluidos en el PBS, en consecuencia, son un insumo no incluido expresamente en el PBS.**

(iii) **Silla de ruedas.** No fueron excluidas de financiación con recursos públicos por parte de la Resolución 244 de 2019. Tampoco fueron incluidas dentro del PBS. Al respecto se observa que el parágrafo 2 del artículo 59 de la Resolución 5857 de 2018 o PBS, aclara que las sillas de ruedas no se financiarán con recursos de la UPC. **En consecuencia, las sillas de ruedas se enmarcan en la categoría de servicio o tecnología no incluida en el PBS.**

(iv) **Paños húmedos.** **Se encuentran expresamente excluidos de financiación con recursos públicos, según lo previsto en la Resolución 244 de 2019.** Sin embargo, como ya se explicó, el juez constitucional está facultado para evaluar la viabilidad de su concesión, según las circunstancias del caso en concreto.

(v) **Medicamentos prescritos por el médico.** **Los medicamentos formulados por el médico tratante pueden estar incluidos en el PBS, no incluidos expresamente en el PBS, o encontrarse expresamente excluidos mediante la Resolución 244 de 2019, por tanto, su naturaleza dependerá del caso en concreto.**

Un medicamento debe ser, en principio, ordenado por un médico adscrito a la EPS. No obstante, esta Corte ha aceptado que en ciertas circunstancias señaladas por la jurisprudencia, el criterio o prescripción de un médico particular o externo también pueda ser vinculante para la EPS[191]. De igual forma, es posible que en circunstancias excepcionales se requiera la intervención del juez constitucional para analizar la viabilidad de conceder un medicamento no formulado[192].

(vi) **Transporte, alojamiento y alimentación.** Los artículos 120 y 121 de la Resolución 5857 de 2018 establecen que el PBS cubre: (i) el traslado en ambulancia en casos de urgencias, entre IPS

y para atención domiciliaria sí el médico lo prescribe; (ii) el transporte en un medio distinto a una ambulancia para acceder a una atención contenida en el PBS no disponible en el lugar de residencia; y (iii) el transporte “cuando el usuario deba trasladarse a un municipio distinto al de su residencia para recibir los servicios [de atención paliativa], cuando existiendo estos en su municipio de residencia, la EPS o la entidad que haga sus veces no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios”. De otro lado, la Resolución 244 de 2019 no excluye alguna faceta particular del servicio de transporte. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el juez de tutela puede ordenar el servicio de transporte cuando se trate de un caso diferente a los previstos en la Resolución 5857 de 2018, siempre que se verifique que: (i) el servicio fue autorizado directamente por la EPS; (ii) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos para pagar el valor del traslado; y (iii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida del usuario[193].

Las pretensiones de transporte usualmente están acompañadas de la petición de alojamiento y alimentación. Esta Corte ha explicado que el alojamiento y la alimentación no son servicios médicos y, en principio, sus costos deben ser asumidos por el usuario o su familia. No obstante, se ha aceptado que excepcionalmente se ordene su financiamiento cuando: (i) se constate que ni los pacientes ni su familia cercana cuentan con la capacidad económica suficiente para asumir los costos; (ii) se evidencie que negar la solicitud de financiamiento implica un peligro para la vida, la integridad física o el estado de salud del paciente; y, (iii) particularmente en las solicitudes de alojamiento, se debe comprobar que la atención médica en el lugar de remisión exige “más de un día de duración”[194].

Esta Corte ha considerado que las EPS también deben costear los gastos de traslado, alimentación y alojamiento de un acompañante si: (i) se verifica que el usuario es “totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento”; (ii) requiere de atención “permanente” para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas; y (iii) ni él ni su núcleo familiar tienen la capacidad económica para asumir los costos y financiar su traslado[195].”

Conforme se advierte, en este caso en la sentencia de primera instancia se ordenó que la EPS SANITAS, realizara una valoración médica a la accionante para determinar si requería los insumos de pañales desechables, pañitos húmedos, crema anti-escara y silla de ruedas.

En relación con la caracterización de estos, los paños húmedos, estos se encuentran excluidos expresamente de la financiación con recursos públicos, conforme los términos de la Resolución N° 244 de 2019, pero es viable su concesión cuando sean autorizados por los jueces constitucionales, cuando así lo amerite la protección de los derechos fundamentales a la vida y a la salud.

Tratándose de los pañales, crema anti-escaras y la silla de ruedas, se enmarcan en la categoría de servicios no incluidos en el PBS que no se encuentran expresamente excluidos, por tal razón estos deben ser prestados a la señora CARMEN CECILIA YAÑEZ GRANDE, por parte de la E.P.S. SANITAS, para lo cual debe realizar el procedimiento administrativo establecido en la Resolución 1885 de 2018, que reguló el correspondiente procedimiento de recobro ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante ADRES), cuando se prescriban y suministren servicios y tecnologías no incluidas en el PBS.

Ahora bien, el cuestionamiento de SANITAS E.P.S. en la impugnación es que asumir la financiación de estos insumos, conllevaría a un detrimento de su patrimonio y debe autorizarse expresamente en la sentencia su recobro ante el ADRES, en cuanto a ello, es preciso señalar que en la Sentencia T-224 de 2020, explicó que “... **de ninguna manera, la fuente de financiación de los servicios o tecnologías puede convertirse en un obstáculo para que el usuario acceda a ellos. Las EPS e IPS deben garantizar el acceso a los servicios y tecnologías requeridos con independencia de sus reglas de financiación; una vez suministrados, están autorizadas a efectuar los cobros y recobros que procedan de acuerdo con la reglamentación vigente. Esta posibilidad opera, por tanto, en virtud de la reglamentación y está sometida a las condiciones establecidas en ella; no depende de decisiones de jueces de tutela. Al advertir esta situación, la Sala no desconoce la importancia del criterio de sostenibilidad financiera en el Sistema de Salud. Para que este funcione en condiciones óptimas, es**

necesario que el Estado garantice un flujo adecuado, suficiente y oportuno de los recursos a las entidades a cargo de suministrar los servicios y tecnologías que los usuarios requieren.

Conforme lo anterior, no es necesaria la orden de un juez de tutela para que SANITAS EPS, realice el procedimiento de recobro ante el ADRES, de esta manera y según se estableció en por esa misma Corporación en la sentencia T-760 de 2008, la acción de tutela no es un mecanismo para solventar las obligaciones que nacen entre las EPS o EPS-S y el Estado, como garante natural del sistema.

Por lo expuesto, se encuentra adecuada la orden proferida por el A quo, siendo pertinente recordar que de antaño la jurisprudencia Constitucional ha indicado que es el médico tratante el experto e idóneo para determinar lo requerido por los pacientes; y en tal sentido es su orden o prescripción la que determina las necesidades y requerimientos de los usuarios, partiendo de sus conocimientos técnicos y científicos.

Así las cosas, los eventuales cobros o recobros no son asuntos que deban ser decididos en sede constitucional, máxime que a tal prerrogativa puede acudir las EPS O EPSS, sin que medie autorización alguna del juez de tutela, pues este opera por ministerio de la ley, sin que quede impedida la entidad para solicitarlo, en caso de que nada se diga en la sentencia.

Como consecuencia de lo explicado, se **CONFIRMARÁ** la decisión proferida por el **JUZGADO SEGUNDO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE CÚCUTA** el 27 de octubre de 2021, atendiendo a que las peticiones de **SANITAS EPS** no tienen vocación prosperidad.

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia del 27 de octubre de 2021 dictada por el **JUZGADO SEGUNDO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE CÚCUTA** de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. NOTIFICAR a los interesados lo decidido en la presente providencia.

TERCERO. REMITIR la presente providencia a la honorable Corte Constitucional, para efectos que sea sometida al trámite de revisión, conforme lo ordena el Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARICELA C. NATERA MOLINA
Juez

LUCIO VILLÁN ROJAS
Secretario