



**JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS
SANTIAGO DE CALI – VALLE DEL CAUCA**

SENTENCIA DE TUTELA No. 149

RAD.: No. T-001-2023-00096-01

Santiago de Cali, siete (7) julio de dos mil veintitrés (2023)

I. OBJETO DE ESTE PRONUNCIAMIENTO

Procédase con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y demás normas concordantes, a proferir el fallo que corresponde dentro de la presente acción de tutela instaurada por el señor **MARLON GUSTAVO RIVERA CORTAZAR** contra **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD EMSSANAR S.A.S.**, a través de los señores: **JOSÉ EDILBERTO PALACIOS LANDETA**, en su calidad de Representante Legal para Acciones de Tutela, o quien haga sus veces; **SIRLEY BURGOS CAMPIÑO**, en su calidad de Representante Legal para Acciones de Tutela, o quien haga sus veces; **MELCHOR ALFREDO JACHO MEJÍA**, en su calidad de Representante Legal para Acciones de Tutela, o quien haga sus veces; y el señor **JUAN MANUEL QUIÑONES PIZÓN**, en su calidad de Agente Especial Interventor Designado por la Supersalud, o quien haga sus veces, hoy **LUIS CARLOS ARBOLEDA MEJÍA**, quien reemplaza en el cargo al anterior; a la que se vinculó al **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, a través del Ministro **GUILLERMO ALFONSO JARAMILLO MARTÍNEZ**, o quien haga sus veces; a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**, a través de su Representante Legal, o quien haga sus veces; a la sociedad **ACCIÓN DEL CAUCA S.A.S.**, a través de la señora **MARÍA DEL PILAR RAMOS PÉREZ**, en su calidad de Representante Legal, o quien haga sus veces; a la **IPS OSTRAUMA VALLE S.A.S.**, a través de su Representante Legal, o quien haga sus veces; y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A.**, a través de la señora **JULIANA MONTOYA ESCOBAR**, en su calidad de Representante Legal Judicial, o quien haga sus veces; por la presunta vulneración a su derecho a la salud y seguridad social..

II. ANTECEDENTES

Procura la protección de los derechos que invoca, toda vez que la **EPS** accionada y la **IPS** vinculada no le han realizado tercera la cirugía que le fuera ordenada por su médico tratante.

Como sustento de hecho, manifiesta que el **07/04/2021** sufrió un accidente de tránsito sufriendo como lesiones trauma craneoencefálico, herida compleja frontal, trauma de hombro, brazo y antebrazo izquierdo, con deformación de húmero, trauma de cadera izquierda con laceración, laceración de codos y muslos. Que fue atendido en la clínica Cristo Rey, donde le realizaron la primera cirugía por cuenta del Soat.

Que tuvo una segunda cirugía en la **Clínica Ostrauma Valle S.A.S.**, el **31/01/2022**, realizándole reconstrucción de tendón. Que el médico especialista en Ortopedia tratante, **Dr. José Durán**, adscrito a dicha **IPS**, le ordenó una tercera cirugía, programada para el **24/10/2022**, la cual no se pudo realizar por problemas internos, remitiéndolo a otra entidad donde le puedan realizar la tercera cirugía, por tener mano caída izquierda, anestesia territorio radial, no extensión del pulgar, no extensión de la muñeca ni dedos, flexión dedos activa y flexión muñeca activa, neurografía nervio radial izquierdo. Agrega que es urgente la cirugía para evitar daño en su recuperación de los tendones afectados.

Que debido a sus lesiones ha estado incapacitado desde el momento de su accidente, **07/04/2021** al **13/03/2023**. Que desde el **16/03/2023** no recibe salario por la dilación de la **IPS Ostrauma Valle S.A.S.**, para realizarle la cirugía ha impedido que le otorguen nuevas incapacidades. Que el **11/04/2023**, lo llamaron de la empresa a fin de que se reintegrara a laborar.

Finalmente solicita que **Emmsanar** le determine qué clínica debe realizarle la tercera cirugía que está ordenada y ha sido aplazada; que la **EPS** tutelada ordene a una entidad de salud le realice una evaluación de capacidad para determinar en qué condiciones laborales puede desempeñarse sin poner en riesgo su salud, que igualmente se ordene investigar su caso y establecer si ha debido estar incapacitado por su estado previo a la cirugía y se ordene generar las incapacidades retroactivas y pagarlas.

ACTUACIÓN PROCESAL

Radicada la petición de amparo constitucional y declarada la nulidad por el superior, mediante **Auto No. 4191** del **23/06/2023**, se dispuso obedecer y cumplir lo resuelto por el superior, procedió a su admisión, haciéndose las vinculaciones a que hubo lugar; disponiéndose así mismo, la notificación de la providencia, otorgando a la accionada y vinculados el término de un día para que manifestaran lo que a bien tuvieran sobre los hechos y las pretensiones de la petición de tutela; allegándose las respuestas que a continuación se sintetizan.

i) Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES. – La entidad vinculada ejerció oportunamente su derecho de defensa, mediante respuestas allegadas los días **26/04/2023** y **26/06/2023**, anexando 2 archivo digital en PDF de

53 y 53 páginas, ubicados en los documentos 5 y 17 del expediente electrónico de la presente tutela, solicita la desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva.

ii) Entidad Promotora de Salud Emssanar S.A.S. – La entidad accionada ejerció oportunamente su derecho de defensa y contradicción, mediante escritos recibidos el **27/04/2023 y 27/06/2023**, anexando 2 archivos digitales en PDF de 25 y 28 páginas, ubicados en los documentos 6 y 18 del expediente electrónico de la presente tutela, en los que manifestó inicialmente que, revisado el sistema de información, el usuario está activo y cuenta con todas las garantías en salud una vez allegue el soporte clínico a sus oficinas de atención al usuario o por lo canales institucionales, en la atención, independiente del régimen al que se encuentre. Que se autoriza **CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGIA, EN LA ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCIA – CALI**. Que ya cuenta con un concepto NO favorable de rehabilitación, emitido por la **EPS Emssanar S.A.S.** y por lo tanto es deber de la **AFP Protección**, iniciar proceso de calificación de **PCL** a efectos de determinar y reconocer un derecho pensional. Finalmente solicita se declare improcedente el tratamiento integral pues se continuará garantizando, en cuanto al reconocimiento de auxilio de incapacidad se garantizará al aportante **Acción del Cauca S.A.S.**, como se viene haciendo, respetando el trámite administrativo de radicación y posterior auditoría de cuentas, de conformidad con el artículo 2.2.3.4.1. del decreto 1427 de 2022. Que para garantizar el mejor derecho al usuario de manera definitiva “y darle una solución definitiva al accionante en atención al pronóstico NO favorable de rehabilitación de **enero de 2023**, se ordene a la **AFP Protección** - el pago de los honorarios de la Junta de Invalidez, definan con ese dictamen si le asiste el eventual derecho a una pensión de invalidez y el retroactivo pensional de acuerdo a la estructuración de la enfermedad. Posteriormente en escrito allegado el **27/06/2023**, informa que la tercera cirugía se encuentra autorizada para que se programe y se lleve a cabo en la **IPS Ostrauma Valle S.A.S.**, mediante autorización **No. 2022002880812** del **09/09/2022**. Así mismo que, el accionante cuenta con concepto no favorable de rehabilitación, el cual fue notificado a la **AFP Protección** el **24/01/2023**, por lo que es esa entidad quien debe realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral, conforme a lo establecido en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012. Que, con relación a la expedición y pago de incapacidades retroactivas, el artículo 2.2.3.3.4 del Decreto 1427 de 2022, establece que, solamente existen 3 eventos para la expedición de incapacidades con anterioridad y no podrán superar los 30 días calendarios desde su expedición. Alega que las razones por las cuales se dio inicio al presente trámite de tutela han desaparecido, por lo que se configura la figura del **HECHO SUPERADO**.

iii) Acción del Cauca S.A.S. – La entidad vinculada ejerció oportunamente su derecho de defensa y contradicción, mediante respuesta recibida el **27/04/2023** anexando 1 archivo digital en PDF de 29 páginas, ubicado en el documento 07 del expediente electrónico de la presente tutela. Luego de referirse a los hechos de la petición de amparo, la Representante Legal de la sociedad vinculada manifiesta que esa sociedad no ha generado afectación al

derecho a la salud del accionante por cuanto a quien corresponde atender las prestaciones asistenciales y económicas, derivadas de los accidentes de origen común de los cotizantes al Sistema General de Seguridad Social Integral es a la **EPS** a la cual se encuentra afiliado y activo el cotizante en este caso la **EPS Emssanar**. Agrega que esa sociedad ha realizado el pago de los respectivos aportes a salud, pensión y ARL a nombre del señor **Marlon Gustavo Rivera Cortázar** durante la vigencia de la relación laboral, por lo cual debe insistirse que las prestaciones asistenciales o económicas derivadas de accidentes o enfermedades de origen común deben ser asumidas por el **SGSSS** y en este caso por la **EPS** accionada. Alega la falta de legitimación en la causa por pasiva toda vez que la sociedad no es la llamada a atender las prestaciones asistenciales y/o económicas derivadas de los eventos de salud que puedan prestar sus trabajadores. Finalmente solicita negar por improcedente esta acción constitucional por ausencia de vulneración de derechos por parte de **Acción del Cauca S.A.S.** y que se ordene a la **EPS Emssanar** o a la entidad que se considere pertinente, garantizar el derecho al acceso a la salud y la atención oportuna al tutelante, con el fin de evitarle perjuicios irremediables. Finalmente solicita se declare la improcedencia de la presente acción por hecho superado respecto de la autorización del procedimiento solicitado; se vincule a la **IPS Ostrauma**, para que indique el motivo por el cual no ha realizado el procedimiento que ya fue autorizado por la **EPS**, y se declare la improcedencia de la tutela respecto a la calificación de pérdida de capacidad laboral y la expedición de incapacidades retroactivas.

iv) Ministerio de Salud y Protección Social. – La cartera ministerial vinculada ejerció su derecho de defensa y contradicción, a través de respuesta allegada el pasado **28/04/2023**, anexando 1 archivo digital en PDF de 18 páginas, ubicado en el documento 8 del expediente electrónico de la presente tutela, en el que solicita eximir a esa entidad de toda responsabilidad, como quiera que no ha vulnerado ningún derecho fundamental.

v) IPS Ostrauma Valle S.A.S. – La entidad vinculada ejerció su derecho de defensa y contradicción, a través de respuesta allegada el pasado **26/06/2023**, anexando 1 archivo digital en PDF de 2 páginas, ubicado en el documento 16 del expediente electrónico de la presente tutela. Manifiesta la Gerente que el paciente **Marlon Gustavo Rivera**, con Diagnostico **traumatismo del nervio radial a nivel del brazo**, fue valorado por el **Dr. Alberto José Duran**, en diferentes oportunidades, donde le realizó cirugía reconstructiva en miembros superiores en **enero del año 2022**, en los meses siguientes lo siguió valorando en consulta, enviándole nuevamente cirugía reconstructiva en miembros superiores, la cual se programó para el **14 de octubre del 2022**, pero no se pudo llevar a cabo, se tuvo que cancelar en la fecha mencionada, porque no llegó el material completo que se requería de la casa medica que les proveía de este y que le prestaba el servicio a la **EPS**. Que no se pudo reprogramar la segunda cirugía ya que el especialista en ortopedia y traumatología **Alberto Duran**, no continuó prestando sus servicios a la **IPS**; como es de conocimiento del señor **Rivera**, por eso se le informó que se debía solicitar el cambio de prestador a la **EPS**, ya que solo depende de la entidad enviar a los usuarios a las **IPS**,

clínicas u Hospitales con quien tengan convenio y presten el servicio necesario según el diagnóstico de cada paciente. Se realizó la solicitud a **Emssanar** de consulta de primera vez por ortopedia y traumatología para que lo enviaran a otra entidad.

vi) Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. – La entidad vinculada ejerció su derecho de defensa y contradicción, a través de respuesta allegada el pasado **27/06/2023**, anexando 1 archivo digital en PDF de 22 páginas, ubicado en el documento 19 del expediente electrónico de la presente tutela. Manifiesta el Representante Legal Judicial que el señor **Marlon Gustavo Rivera Cortazar** presenta afiliación al Fondo de Pensiones Obligatorias Administrado por **Protección S.A.** desde **12/01/2020** y con fecha de efectividad de la afiliación del **13/01/2020** como Vinculación inicial al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. Indica que el **día 181 de incapacidad** del actor es el **11/04/2022**, siendo este el punto de partida para que asuma esa entidad de dicho subsidio. Que se presentó ante esa administradora solicitud de pago de incapacidades, entre el **11/04/2022** y el **20/04/2022**, las cuales se fueron autorizadas, reconocidas y pagadas. Agrega que la última incapacidad pagada por **Protección S.A.** fue el **20 de abril del 2022** y de ahí en adelante la que sigue es la incapacidad del **25 de agosto de 2022**, existiendo una interrupción superior a **30 días**, razón por la cual le corresponde a la **EPS Emssanar** su pago. Que la **EPS Emssanar**, remitió a esa administradora concepto de rehabilitación de salud del tutelante con pronóstico **DESFAVORABLE** el **24 de enero del 2023**, por lo que, al contar con este pronóstico de recuperación, **Protección S.A.** no se encontraba obligada al pago de las incapacidades, sino que, debía proceder con la calificación de la merma de capacidad laboral, en los términos del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012. Aunado a lo anterior indica que la presente acción constitucional no cumple con el principio de subsidiariedad como requisito de procedibilidad de la acción

III. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Nacional, el artículo 37 del Decreto 2591, modificado por el artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, el Decreto 1983 de 2017, y el Decreto 333 del 2021, es competente este Estrado Judicial para conocer, tramitar y decidir la presente petición de amparo constitucional. Así mismo ha de tenerse en cuenta que de conformidad con el mismo artículo 86, **la promoción de la acción de tutela puede hacerla cualquier persona directamente,** como es este el caso, **o por quien actúe en su nombre**, y que la entidad accionada es aquella respecto de quien se dice está conculcando los derechos fundamentales del accionante.

La Carta Política de 1991 albergó en su articulado entre otros mecanismos que desarrollan el Estado Social de Derecho, la acción de tutela, como la herramienta adecuada para la defensa de los derechos constitucionales fundamentales “(...) cuando quiera que estos

*resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública (...)*¹, haciendo de ésta un **procedimiento preferente, sumario y subsidiario**.

En la acción constitucional que hoy ocupa la atención del Juzgado, el problema jurídico se concreta en determinar **i)** si la presente acción constitucional cumple con el principio de subsidiariedad como requisito de procedibilidad; establecido lo anterior, entrará el Despacho a estudiar **ii)** si a pesar de estar autorizado el servicio “**CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGÍA**”, por parte de la **EPS** accionada **Emssanar S.A.S.**, desde el **28/11/2022**, direccionando al accionante a otra **IPS**, se le conculcan los derechos invocados. Igualmente, entrará el Despacho a estudiar, **iii)** si es la **EPS** tutelada es entidad encargada de realizar el examen de pérdida de capacidad laboral del actor; y finalmente, **iiii)** se resolverá respecto de la solicitud de investigar su caso para establecer si debió estar incapacitado previo a la cirugía y de ser así se ordene generar y pagar las incapacidades retroactivas.

Para resolver el problema jurídico planteado, debemos tener en cuenta especialmente lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, Decreto 306 de 1992, los 48 y 49 de la C.N., lo dispuesto en la Ley 1751 del 2015, el Decreto 780 de 2016; el artículo 20 del Decreto 1352 de 2013 y el artículo 17 de la Ley 1562 de 2012 así como también algunos de los precedentes jurisprudenciales que con relación al caso se han emitido.

Con el **principio de inmediatez** como requisito de procedibilidad para la interposición de la acción de tutela se pretende impedir que este mecanismo se desnaturalice y se convierta en una herramienta que premie la indiferencia o negligencia de quien reclama la violación de sus derechos fundamentales, o peor aún, que se convierta en un factor de inseguridad jurídica.

En **sentencia T-051/16**, la Honorable Corte Constitucional al estudiar casos similares al que aquí se expone, sostuvo lo siguiente:

“(..) Por otro lado, en lo que tiene que ver con el principio de **inmediatez**, es pertinente resaltar que la finalidad de la acción de tutela en comento es garantizar una protección efectiva, **actual** y **expedita** frente a la transgresión o amenaza inminente de un derecho fundamental, motivo por el cual, entre la ocurrencia de los hechos en que se funde la pretensión y la presentación de la demanda, debe haber transcurrido un lapso razonable.

En el evento en que no se cumpla con el requisito de inmediatez, se puede causar inseguridad jurídica frente a situaciones ya consolidadas en el orden administrativo y/o judicial, con lo que, a su vez, se puede afectar a terceros sobre los cuales recaiga la decisión e incluso el juez constitucional podría estar acolitando una conducta negligente de los administrados que no comparecieron al

¹ Art. 86 C.P.

proceso correspondiente, no presentaron los recursos procedentes ni hicieron ejercicio de los medios de control vigentes. (...)” (Subraya y Negrilla del Juzgado).

Así mismo, con relación al propósito de este requisito de procedibilidad de la acción de tutela, la Corte Constitucional en **Sentencia T-792/09**, indicó que:

*“(...) la jurisprudencia constitucional ha enfatizado en el hecho de que el mismo **exige que la acción sea promovida de manera oportuna, esto es, dentro de un término razonable luego de la ocurrencia de los hechos que motivan la afectación o amenaza de los derechos.** Esa relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el supuesto vulnerador de los derechos fundamentales, debe evaluarse, según ha dicho la Corte, en cada caso concreto, con plena observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. (...)”* (Cursiva, negrita y subraya del Juzgado).

Por lo anterior, es necesario tener en cuenta que la acción de tutela no tiene un término exacto de caducidad por lo que la inminencia con que aquella se ejercita es un factor determinante en el juicio de procedencia que debe estar fundamentado de forma razonable, así lo precisó la Corte en la **SU-961/99**, en los siguientes términos:

“La posibilidad de interponer la acción de tutela en cualquier tiempo significa que no tiene término de caducidad. La consecuencia de ello es que el juez no puede rechazarla con fundamento en el paso del tiempo y tiene la obligación de entrar a estudiar el asunto de fondo. Teniendo en cuenta el sentido de proporcionalidad entre medios y fines, la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros. Si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción.”² (Negrilla, cursiva y Subraya por fuera del texto original).

El referido juicio de razonabilidad del plazo con que se ejercita la acción de tutela depende de las circunstancias concretas del caso sometido a examen. En este orden de ideas, la jurisprudencia de la Corte ha precisado que una forma de medir la razonabilidad se desprende de tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores como: **(i) que exista un motivo válido para la inactividad de la acción; (ii) que en el evento de existir una inactividad injustificada vulnere el núcleo esencial de derechos fundamentales de terceros afectados con la decisión; (iii) que si exista un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la continuidad de la vulneración de los derechos de los interesados.**

² Al respecto pueden consultarse las sentencias T-797/02, T-812/03, T-633/04, T-364/07, entre muchas otras.

Respecto al **principio de subsidiariedad**, es reiterada la jurisprudencia Constitucional que ha estimado la acción de tutela contra actos administrativos como una figura de carácter eminentemente **subsidiario y excepcional**, que sólo procede ante situaciones en las que no existe otro mecanismo judicial idóneo para salvaguardar un derecho fundamental vulnerado o amenazado, o cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste no resulta tan eficaz para la protección de los derechos de los asociados como la tutela, **o la persona afectada se encuentra ante un perjuicio irremediable**.³ Este principio consistente en **el agotamiento efectivo de los recursos y mecanismos ordinarios de defensa judicial**⁴ por parte de quien presenta la petición de amparo.

Así las cosas, la Corte Constitucional indica que como requisito de procedibilidad de la petición de amparo ***“La acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional que procede en los casos en que no exista otro medio de defensa judicial para la protección de los derechos fundamentales supuestamente amenazados o vulnerados, o en los que aun existiendo, éste no sea idóneo y eficaz para garantizar tales prerrogativas, o no tenga la potencialidad de evitar un perjuicio irremediable.”***⁵ (Subraya y negrita del Juzgado).

La Corte Constitucional respecto al principio de subsidiariedad como requisito de procedibilidad de la petición de amparo ha sostenido que ***“La acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional que procede en los casos en que no exista otro medio de defensa judicial para la protección de los derechos fundamentales supuestamente amenazados o vulnerados, o en los que aun existiendo, éste no sea idóneo y eficaz para garantizar tales prerrogativas, o no tenga la potencialidad de evitar un perjuicio irremediable.”***⁶ (Subraya y negrita del Juzgado).

Igualmente ha dicho que ***“La subsidiariedad se deriva del carácter excepcional, preferente y sumario que tiene la acción de tutela, el cual le impone al ciudadano la obligación de acudir a los otros mecanismos antes de invocar la protección de los derechos fundamentales a través de la tutela, salvo que de no invocarse se presente la ocurrencia de un perjuicio irremediable el cual se deberá demostrar que es inminente y grave.”***⁷ (Subraya y negrita fuera del texto).

A pesar de lo anterior, la acción de tutela se caracteriza por ser un mecanismo de defensa subsidiario, puesto que sólo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, **salvo que aquella se utilice como mecanismo para evitar un perjuicio irremediable o cuando a pesar de existir otros medios, éstos no resultan idóneos ni eficaces para evitar la consumación de un perjuicio**.⁸

³Sentencias C-543 de 1992; T-079 de 1993; T-231 de 1994; T-329 de 1996; T-483 de 1997; T-008 de 1998; T-458 de 1998; T-567 de 1998; SU-047 de 1999; SU-622 de 2001; SU-159 de 2002; T-441 de 2003; T-029 de 2004; T-1157 de 2004; C-590 de 2005; T-778 de 2005; T-237 de 2006; T-448 de 2006; T-510 de 2006; T-953 de 2006; T-104 de 2007; T-387 de 2007; T-446 de 2007; T-825 de 2007; T-1066 de 2007; T-243 de 2008; T-266 de 2008; T-423 de 2008.

⁴ Sentencias T-742 de 2002; T-441 de 2003; T-606 de 2004.

⁵ T-154/14.

⁶ T-154/14.

⁷ T-188/13.

⁸ Ver entre otras, las Sentencias, T-03/92, T-057/99, T-815/00, T-021/05, T-769/08, entre otras.

No obstante, dada la imperiosa necesidad de materializar la especial protección constitucional de personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta como **enfermos, discapacitados, mujeres en estado de embarazo, etc.**; se ha precisado que en dichos eventos la acción de tutela es el mecanismo idóneo y procedente para alegar la protección de derechos fundamentales tales como el **trabajo, la estabilidad laboral reforzada o la protección del mínimo vital**, entre otros.

A partir de la **Sentencia T-760 de 2008**, la Corte Constitucional definió la fundamentalidad del derecho a la Salud de la siguiente manera:

“(...) Así pues, la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud “en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal” para pasar a proteger el derecho “fundamental autónomo a la salud. Para la jurisprudencia constitucional “(...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.”
(Subraya y cursiva del Juzgado).

De este modo el máximo Tribunal Constitucional ha dado un campo más amplio al derecho a la salud sin pretender omitir su carácter de servicio público esencial y derecho prestacional, acentuando en su condición de derecho fundamental autónomo. Por tanto, cuando las autoridades políticas o administrativas competentes sean renuentes o tarden en implementar medidas necesarias para efectivizar este derecho en la práctica, la máxima Corporación Constitucional estableció que a través de la vía de tutela el juez puede disponer su materialización, dada su fundamentalidad, ya que no puede desconocerse la relación existente entre la posibilidad de llevar una vida digna y la falta de protección de los derechos fundamentales. Por ello, en coordinación con el principio de dignidad humana, el derecho a la salud implica la conservación y el restablecimiento del estado de una persona que padece alguna dolencia.

Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que **el derecho a la salud cubre tanto aspectos físicos** como psicológicos y que cuando una persona necesita un tratamiento médico, el otorgamiento no puede reducirse únicamente a una curación específica, **sino que el paciente tiene derecho a recibir los cuidados que requiera, dirigidos a hacer más llevaderas las afecciones que padece.**

Por ello, en coordinación con el principio de dignidad humana, el derecho a la salud implica la conservación y el restablecimiento del estado de una persona que padece alguna dolencia. La salud como derecho integral, implica que la atención deba brindarse en la **cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia requeridas**, lo cual conlleva ofrecer, de acuerdo con la ley y la jurisprudencia, **todo cuidado, medicamento, intervención quirúrgica, rehabilitación, diagnóstico, tratamiento y procedimiento** que se consideren necesarios para restablecer la salud de los usuarios del servicio.

La jurisprudencia constitucional establece el derecho que a toda persona le **sea garantizada la continuidad del servicio de salud**. Es decir, que una vez que se ha iniciado un tratamiento éste no puede ser interrumpido de manera imprevista, antes de la recuperación o estabilización del paciente. Ahora bien, no es suficiente que el servicio de salud sea continuo, si no que se preste de manera completa, por lo tanto es importante que exista una atención integral en salud por parte de todas las **EPS**, las cuales deben realizar la prestación del servicio, con el propósito de brindar una respuesta efectiva a las necesidades del usuario, lo cual implica brindarle la totalidad de **tratamientos, medicamentos y procedimientos disponibles** basados en criterios de **razonabilidad, oportunidad y eficiencia**.

En la misma **Sentencia T-760 de 2008**, el máximo Tribunal Constitucional definió y sistematizó las subreglas que imponen al Juez de tutela establecer frente al suministro de medicamentos, elementos, **procedimientos, intervenciones y servicios indispensables en la preservación o recuperación de la salud de los pacientes o su vida digna**, se debe aplicar en forma directa la Constitución y restringir la aplicación del **PBS**. Es así que en dicha providencia se concluyó que:

*“(…) debe ordenarse la provisión de medicamentos, **procedimientos y elementos que estén excluidos del POS a fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurren las siguientes condiciones: “(i) que **la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente**. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad;**(ii) que **el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS** bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad; (iii) que **el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente;** y, (iv) que **la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado**”. (Subraya y Negrita del Despacho)*

Se reitera entonces, que las instituciones de salud no están autorizadas para evadir y mantener indefinidamente en suspenso e incertidumbre a la paciente que acredita y prueba una urgencia vital y la necesidad de un insumo médico como en este caso.

De otro lado, en innumerables ocasiones la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la inaplicación en ciertos casos de la reglamentación de un tratamiento o medicamento requerido o suministrado a fin de garantizar el goce efectivo de las garantías constitucionales, debido a que los derechos deben ser protegidos de manera cierta y real, aun cuando se vaya en contra de reglamentaciones que obstaculicen su eficacia, puesto que la vigencia y cumplimiento de las garantías constitucionales priman sobre cualquier orden jurídico.

Respecto al **principio de continuidad**, la Corte Constitucional en la misma sentencia, indicó que:

“Desde el inicio de su jurisprudencia la Corte Constitucional ha defendido el derecho que a toda persona se le garantice la continuidad del servicio de salud, una vez éste haya sido iniciado. **Se garantiza pues, que el servicio de salud no sea interrumpido, súbitamente, antes de la recuperación o estabilización del paciente.** Para la jurisprudencia “(...) puede hacerse la distinción entre la relación jurídica-material, esto es la prestación del servicio que se materializa en una obligación de medio o de resultado según el caso, y la relación jurídica-formal, que se establece entre la institución y los usuarios.” Una institución encargada de prestar el servicio de salud, puede terminar la relación jurídico-formal con el paciente de acuerdo con las normas correspondientes, pero ello no implica que pueda dar por terminada inmediatamente la relación jurídica-material, en especial si a la persona se le está garantizando el acceso a un servicio de salud. Esta protección se ha reconocido en diferentes ámbitos, como por ejemplo, las Fuerzas Armadas.” (Subraya y negrita del Despacho.)

Así mismo, en **Sentencia T-124/16**, el máximo Tribunal Constitucional expuso:

“(...) 4.2. Al respecto, la Corte ha venido reiterando los criterios que deben tener en cuenta las Entidades Promotoras de Salud – EPS, para garantizar la continuidad en la prestación del servicio público de salud sobre tratamientos médicos ya iniciados, de la siguiente manera: “(i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad.(ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos.(iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados.

(...).4.6. Teniendo en cuenta lo anterior, el Estado y los particulares comprometidos con la prestación de servicios de salud deben facilitar su acceso conforme a principios como el de continuidad e integralidad. A la luz de los postulados jurisprudenciales de la Corte, la prestación del servicio de salud implica que se debe dar de manera eficaz, regular, continua y de calidad. **Por tanto, las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos, e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos.** Lo anterior obedece al principio de la buena fe y a la obligación de garantía del Estado consistente en evitar situaciones que pongan en peligro los derechos fundamentales de la vida, la salud, integridad personal o la dignidad de los usuarios de los servicios médicos.” (Subraya y negrita del Despacho).

De igual forma, el alto Tribunal Constitucional indicó que el derecho a la salud incluye las siguientes fases: preventiva, reparadora y mitigadora; así lo dijo en la **Sentencia T-056/16**:

“El principio de integralidad en la salud implica prestaciones en las distintas fases: i) preventiva, para evitar la producción de la enfermedad interviniendo las causas de ella; ii) **curativa que requiere suministrar las atenciones necesarias para que el paciente logre la cura de la patología que padece;** y iii) **mitigadora que se dirige a paliar las dolencias físicas y psicológicas que ocurren por los efectos negativos de la enfermedad, en tanto además de auxilios fisiológicos debe**

procurarse las condiciones de bienestar en ámbitos emocionales y psicológicos. (Subraya y negrita del Juzgado).

Ahora bien, respecto al derecho al debido proceso a fin de adelantar el trámite para establecer la pérdida de capacidad laboral, como también la entidad responsable de adelantarle, la Corte Constitucional en **Sentencia T-160/21**, indicó lo siguiente:

“DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO-Reiteración de jurisprudencia

(...), el debido proceso es un conjunto de garantías que brindan protección a las personas dentro de una actuación judicial o administrativa para que sus derechos sean respetados. De esta forma, dentro del contenido de dicho derecho fundamental, el desarrollo de los trámites judiciales o administrativos en un tiempo razonable, conforme lo prescribe el ordenamiento jurídico, es uno de los elementos constitutivos para que la justicia sea una realidad. De manera que la tardanza injustificada en las actuaciones judiciales o administrativas, “constituye una barrera para el goce efectivo del derecho de acceso a la administración de justicia” cuyo fundamento sienta su base en el debido proceso.

(...)

b. El pago de honorarios a las Juntas de Calificación

5.5. El artículo 20 del Decreto 1352 de 2013, por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, señala que “las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez recibirán de manera anticipada por la solicitud de dictamen, sin importar el número de patologías que se presenten y deban ser evaluadas” el pago de los honorarios que la misma norma define. Así también, el artículo 17 de la Ley 1562 de 2012 dispone que “**los honorarios que se deben cancelar a las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez, de manera anticipada, serán pagados por la Administradora del Fondo de Pensiones en caso de que la calificación de origen en primera oportunidad sea común...**”. En consecuencia, frente a la claridad de la norma, no es dable una interpretación diferente y aislada que permita a la Administración descargar su responsabilidad en los usuarios.

5.6. En suma, a juicio de la Corte, el diseño legal dispuesto para los trámites de calificación de invalidez “responde al doble propósito de otorgar eficacia al derecho al debido proceso administrativo de los usuarios y proteger los derechos constitucionales de quienes, al ver gravemente disminuida su capacidad laboral, quedan imposibilitados para prodigarse las condiciones económicas mínimas, propias y de su núcleo familiar dependiente” (Subraya, negrita y cursiva del despacho).

Ahora, frente al pago de incapacidades, en copiosa jurisprudencia, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la no procedencia del pago de las acreencias laborales por vía de tutela; no obstante, esta planteó algunas excepciones a este caso con el fin de proteger los **derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y a la vida digna**, como sucede con el pago de las incapacidades médicas puesto que consideró que dicho concepto prestacional sustituye el salario del trabajador durante el tiempo que se encontraba en la incapacidad. Al respecto ha dicho la Corte⁹:

⁹ Sentencia T-018 de 2010. Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

*“(…) No obstante, la Corte Constitucional también ha permitido la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se trate de proteger los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna de la persona: “Sin embargo, excepcionalmente cuando la falta de pago de las acreencias laborales, vulnera o amenaza los **derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital, a la seguridad social y/o a la subsistencia, la tutela procede para la reclamación efectiva de aquellas acreencias que constituyan la única fuente de recursos económicos que permiten sufragar las necesidades básicas, personales y familiares de la persona afectada.**”¹⁰ (Subraya y negrita del Juzgado).*

El pago de la incapacidad causada por enfermedad general sustituye el salario del trabajador durante el tiempo de su inactividad laboral y económica. Debido a su naturaleza se ha sostenido que dicho pago constituye la única fuente de ingresos de un trabajador, razón por la cual su no cancelación vulnera los derechos al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna:

*“**El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales.** No solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia”.¹¹ (Subraya y negrita del Despacho).*

Es así como el no pago de la incapacidad por enfermedad general acarrea una pérdida de ingresos para el trabajador activo, vulnerando así los derechos fundamentales al mínimo vital, la seguridad social y a la vida digna del trabajador incapacitado por lo que es procedente de manera excepcional la acción de tutela.

Ahora, en lo pertinente a las obligaciones que tienen cada uno de los actores para el pago de las licencias, resulta paradigmática la **Sentencia T-200 del 03 de abril de 2017:**

“(…) El Gobierno Nacional, a través de la Ley 1753 de 2015, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo para el periodo comprendido entre 2014 y 2018, dio una solución a este déficit de protección, al otorgar la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS. Según el artículo 67 de la mencionada ley, los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras cosas “[al] reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos.”

*La Corte Constitucional ya ha ordenado la aplicación de esta disposición por vía de tutela en la **sentencia T-144 del 2016.** En su momento, esta Corporación conoció el caso de la ciudadana*

¹⁰ Ibidem.

⁹Sentencia T-311 de 1996. Esta sentencia ha sido reiterada en las siguientes sentencias: T-972 de 2003, T-413 de 2004, T-855 de 2004, T-1059 de 2004, T-201 de 2005 y T-789 de 2005 entre otras.

Maritza Cartagena, quien en el mes de octubre de 2011 sufrió un accidente en motocicleta al chocar con un vehículo de transporte escolar. En el incidente sufrió varias fracturas que le provocaron incapacidades de más de 540 días. Recibió calificación del Fondo de Pensiones y de la Junta Regional de Calificación de Invalidez que no superaba el 50% de pérdida de capacidad laboral, pero apeló este último dictamen por considerar que no respondía a su estado real de salud física y mental.

Para la Corte, la entrada en vigencia de esta norma, cambia el panorama del pago de incapacidades después de 540 días que se venía planteando en la jurisprudencia de años atrás, pues se le atribuyó la obligación del pago a las EPS como parte del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Con estos antecedentes legales y jurisprudenciales, no cabe duda alguna de que la regla actual de incapacidades que superan 540 días para personas que no han tenido una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, es que deben asumirlas las EPS.

Pero además, la sentencia en cuestión establece tres reglas para el análisis de este tipo de casos, la primera, es que reitera la necesidad de garantizar protección reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral, tienen incapacidades prolongadas, pero no son considerados inválidos; la segunda, es que la obligación impuesta por el Plan Nacional de Desarrollo, respecto al pago de tales incapacidades es de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades; y la tercera, es que podrá concederse una aplicación retroactiva en virtud del principio de igualdad.

Frente a la primera regla, la Corte Constitucional se pronunció en los siguientes términos:

“Las personas incapacitadas de forma parcial y permanente, se encuentran en una situación adversa, en la medida en que no tienen la plenitud de la fuerza de trabajo, pero no son consideradas técnicamente inválidas. En estos casos es claro que existe una obligación en cabeza del empleador de reintegrar al afectado a un puesto de trabajo que esté acorde a sus nuevas condiciones de salud. En otras palabras el trabajador se hace acreedor del derecho a 18a estabilidad laboral reforzada, desarrollado por esta Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.”

Refiriéndose a la segunda regla, esta Corporación señala que el déficit de protección para trabajadores que superan 540 días de incapacidad se entiende superado por la Ley 1753 de 2015 y que a partir de su entrada en vigencia, tanto “(...) el juez constitucional, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deberá acatar (...)” No obstante, es preciso tener en cuenta que el Plan Nacional de Desarrollo, es por naturaleza una norma cambiante y en consecuencia el déficit de protección podría volver a presentarse.

Respecto a la tercera regla, la Corte explica que existe la posibilidad de dar aplicación retroactiva al artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, pues ésta no establece un régimen de transición para los casos ocurridos antes de la promulgación de la ley, generando un trato desigual. En palabras textuales esta Corporación señaló: “(...) la situación de desigualdad tiene un fundamento legal que es entendible desde el punto de vista de las reglas de vigencia y aplicación de las leyes. Sin embargo, genera una tensión constitucional que no puede ser omitida por la Corte, pues a la luz del principio de igualdad material, no hay razón para diferenciar y beneficiar sólo a un grupo de personas, en virtud de una consideración temporal, a sabiendas de que la situación se evidenciaba con anterioridad. Es decir,

no hay una justificación constitucionalmente válida para fijar tal diferencia en la posibilidad de protección legal.”

Sobre la base de lo previsto en la Ley 1753 del 2015, el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común tiene actualmente las siguientes fases y encargados:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 181 hasta un plazo de 540 días	Fondo de Pensiones	Artículo 52 de la Ley 962 de 2005
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

Finalmente, es del caso tener en cuenta lo indicado en el **artículo 2.1.12.4 del Decreto 780 de 2016**, respecto del reconocimiento y pago de prestaciones económicas, el cual establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.1.13.4. Incapacidad por enfermedad general. Para el reconocimiento y pago de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general, conforme a las disposiciones laborales vigentes, se requerirá que los afiliados cotizantes hubieren efectuado aportes por un mínimo de cuatro (4) semanas.

No habrá lugar al reconocimiento de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando estas se originen en tratamientos con fines estéticos o se encuentran excluidos del plan de beneficios y sus complicaciones.” (Subraya y cursiva del Juzgado).

Con relación a las personas que son de especial protección ha elevado la protección constitucional, es por ello que la Honorable Corte Constitucional ha considerado que por su especial condición se impone la protección que a su favor contiene el inciso final del artículo 13 de la Constitución, especialmente por el deber del Estado en propender por la protección de manera especial de aquellas personas que por sus condiciones físicas, entre otras, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta para llevar una vida digna, como se hizo constar en la **sentencia T-185/14**.

Finalmente, es del caso tener en cuenta lo indicado en el **artículo 2.1.12.4 del Decreto 780 de 2016**, respecto del reconocimiento y pago de prestaciones económicas, el cual establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.1.13.4. Incapacidad por enfermedad general. Para el reconocimiento y pago de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general, conforme a las disposiciones laborales vigentes, se requerirá que los afiliados cotizantes hubieren efectuado aportes por un mínimo de cuatro (4) semanas.

No habrá lugar al reconocimiento de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando estas

se originen en tratamientos con fines estéticos o se encuentran excluidos del plan de beneficios y sus complicaciones.” (Subraya y cursiva del Juzgado).

CASO CONCRETO. – Establecer, si la presente acción constitucional cumple con el principio de subsidiariedad como requisito de procedibilidad; de ser así, se entrará a estudiar si a pesar de que se autorizó al accionante por parte de la **EPS** tutelada, desde el **28/11/2022**, el servicio por él solicitado, se le conculcan los derechos que invoca; así mismo, analizará el Despacho, si es la **EPS** accionada la encargada de realizar la valoración de pérdida de capacidad laboral, o por el contrario la **AFP**. Finalmente, entrará este Estrado Judicial a pronunciarse con relación a la petición de establecer si debió o no estar incapacitado durante el periodo previo a la cirugía.

Respecto al principio de subsidiariedad para la procedencia de la presente acción constitucional, encuentra el Despacho que, este se supera frente al derecho a la salud, si en cuenta se tiene que, efectivamente, de la revisión de la historia clínica del actor se evidencia una afectación a su salud que no ha sido resuelta por parte de la **EPS**; sin embargo, ello no ocurre así respecto al derecho a la seguridad social, y la petición de establecer si debió o no estar incapacitado para la época previa a la cirugía, como se entra a establecer.

Obra en el expediente una relación de las incapacidades que le han sido extendidas por sus médicos tratantes, tal como se evidencia en las siguientes imágenes:

Id Solicitud	Fecha Inicio Prestación	Fecha Fin Prestación	Días Solicitados	Días a Acumular	Días Acumulados	Días Liquidados	IBC Liquidado	Valor Liquidado	Fecha Pago	Diagnóstico
2312112	08/04/2021	07/05/2021	30	30	30	28	1.045.562,00	847.960,00	19/11/2021	T07X
2316746	08/05/2021	06/06/2021	30	30	60	30	999.094,00	908.550,00	19/11/2021	G563
2308147	08/06/2021	17/06/2021	10	10	70	10	908.526,00	302.850,00	19/10/2021	G563
2316761	18/06/2021	17/07/2021	30	30	100	30	908.526,00	908.550,00	19/11/2021	G563
2316767	19/07/2021	26/07/2021	8	8	108	8	908.526,00	242.290,00	19/11/2021	G563
2316773	27/07/2021	10/08/2021	15	15	123	15	908.526,00	454.275,00	19/11/2021	G563
2316800	17/09/2021	23/09/2021	7	7	7	5	908.526,00	151.425,00	19/11/2021	G563
2355477	20/10/2021	28/10/2021	8	8	16	9	908.526,00	272.565,00	27/01/2022	G563
2336437	29/09/2021	12/11/2021	15	15	31	15	908.526,00	454.275,00	20/12/2021	G563
2336023	13/11/2021	27/11/2021	15	15	46	15	908.526,00	454.275,00	20/12/2021	G563
2352381	28/11/2021	18/12/2021	19	19	65	19	908.526,00	575.415,00	23/01/2022	G423
2363131	17/12/2021	15/01/2022	30	30	95	30	908.527,00	908.550,00	16/02/2022	G563
2390243	16/01/2022	30/01/2022	15	15	110	15	1.000.000,00	500.010,00	15/03/2022	G563
2390396	31/01/2022	19/02/2022	20	20	130	20	1.000.000,00	666.680,00	15/03/2022	G563
2390568	20/02/2022	06/03/2022	15	15	145	15	1.000.001,00	500.010,00	15/03/2022	G563
2409066	07/03/2022	21/03/2022	15	15	160	15	1.000.001,00	500.010,00	12/05/2022	G563
2458720	22/03/2022	20/04/2022	30	30	190	20	1.000.001,00	666.680,00	15/09/2022	G563
2648060	25/08/2022	03/09/2022	10	10	10	8	1.000.000,00	266.672,00	27/12/2022	G563
2648065	06/09/2022	09/09/2022	4	4	14	4	1.000.000,00	133.336,00	27/12/2022	M255
2648068	12/09/2022	13/09/2022	2	2	16	2	1.000.000,00	66.668,00	27/12/2022	M255
2648073	13/10/2022	27/10/2022	15	15	31	15	1.000.000,00	500.010,00	27/12/2022	Z988
2648076	28/10/2022	26/11/2022	30	30	61	30	1.000.000,00	1.000.020,00	27/12/2022	S423
2648940	27/11/2022	16/12/2022	20	20	81	20	1.000.000,00	666.680,00		G563
2655241	17/12/2022	05/01/2023	20	20	101	20	1.000.000,00	666.680,00		G563
2659243	04/01/2023	13/01/2023	10	8	109	8	1.160.000,00	309.336,00		G563

En este orden de ideas, en cuanto a las incapacidades que se pudieron haber causado del **14/03/2023** en adelante, como lo solicita el tutelante; encuentra el Juzgado que, en su escrito de tutela manifiesta que se le han extendido incapacidades médicas por sus lesiones, del **07/04/2021** al **13/03/2023**; sin embargo, no aporta copia de incapacidad médica alguna que le haya sido otorgada por sus médicos tratantes a partir del **14/03/2023** en adelante; solo se allega la certificación expedida por la **EPS**, fechada **25 de enero de**

2023, en la que, contrario a lo manifestado por el tutelante, se indica que las incapacidades empezaron del **08/04/2021** al **20/04/2022**, y del **25/08/2022** al **16/11/2023**, por los diagnósticos que a continuación se relacionan, siendo el más recurrente, **G563**.

Código	Diagnóstico	Días acumulados
T07X	Traumatismos múltiples, no especificados	30
G563	Lesión del nervio radial	190
S423	Fractura de la diáfisis del húmero	61
M255		16
Z988	Otros estados postquirúrgicos especificados	31

Sin embargo, a pesar de lo anterior, no obran en el expediente incapacidades relacionadas por estos diagnósticos u otro diferente, entre el 21/04/2022 y el 24/08/2022, y del **27/11/2022** en adelante, o por lo menos ello no se prueba.

Cabe advertir en este punto igualmente que, el empleador del tutelante, la sociedad **Acción del Cauca S.A.S.**, indica que el señor **Rivera Cortázar** no le ha informado sobre la existencia de incapacidad alguna desde el **11/03/2023**, aportando una relación de incapacidades entre el **08/04/2021** al **14/02/2023**, siendo la última correspondiente a una prórroga; igualmente informa que tampoco se ha presentado a laborar ni ha comunicado el motivo de su ausencia, requiriéndolo en múltiples ocasiones para que se reincorpore o presente los soportes que justifiquen su ausencia, indicándole igualmente desde el Área de Seguridad y Salud en el trabajo que “(...) si el médico tratante no le proporciona más incapacidad, se inicia el proceso de reincorporación y valoración médica ocupacional que le permita a la empresa determinar qué labores puede desempeñar, no obstante, el accionante no se ha presentado a la empresa, sin que a la fecha se haya aportado incapacidad o justificación válida. (...)”

Así mismo, se tiene que, en el concepto de rehabilitación no favorable emitido por la **EPS** y que allega el accionante como anexo junto con su escrito de tutela, aparecen los siguientes diagnósticos:

Código	Diagnóstico	Fecha
T07X	Traumatismos múltiples, o especificados	07/04/2021
S423	Fractura de la diáfisis del húmero	07/04/2021
G563	Lesión del nervio radial	07/04/2021
Z988	Otros estados postquirúrgicos especificados	25/08/2022
M771	Epicondilitis lateral	25/08/2022
T921	Secuelas de fractura del brazo	12/09/2022
R521	Dolor crónico intratable	28/10/2022

Aunado a lo anterior, en su respuesta la **EPS** tutelada indica que, la entidad debe atenerse a las condiciones establecidas en el **Decreto 1427 de 2022**, y que, en el caso particular, el usuario no cumple con muchos de los criterios para definir si es merecedor o no al pago del auxilio por incapacidad, como tampoco se evidencia el rechazo de las mismas, es decir, que no le han sido otorgadas incapacidades y estas no se han presentado ante la **EPS**,

como tampoco existe prueba de que el señor **Rivera Cortázar** haya asistido a cita médica entre el **21/04/2022** y el **24/08/2022** y del **27/11/2022** a la fecha, en la que se le haya otorgado alguna incapacidad, bien sea por urgencias, u otro servicio, con ocasión a las lesiones recibidas y por las cuales había venido siendo incapacitado, es más, se encuentra a la espera de la atención – consulta de primera vez por especialista en ortopedia y traumatología – que le fue ordenada y autorizada por la **EPS** desde **28/10/2022**¹² en la **ESE Hospital Universitario del Valle Evaristo García – Cali**.

En este orden de ideas, ante la ausencia de incapacidades, como también, que no se aporta prueba de que haya sido atendido por sus dolencias, ya que debió el accionante, una vez vencida la última incapacidad, acudir a la **EPS** a fin de que el médico tratante adscrito a esta, estableciera sus condiciones de salud y determinara si prorrogaba o no, las incapacidades por la patología que venía siendo tratado u otra que padeciera para esa época; mal podría ahora, a través de este procedimiento preferente, sumario y subsidiario, pretender que el Juez de tutela le ordene el pago de unas incapacidades que no se han generado.

Conforme a lo anterior, y respecto de esta pretensión, no es dable acudir a la acción de tutela como mecanismo para reclamar unas incapacidades respecto de las cuales no prueba su existencia, como tampoco, que haya recibido atención médica por sus dolencias que amerite incapacidad, se itera, durante el término que indica no ha sido incapacitado, por lo que habrá de negarse por improcedente la presente acción respecto de esta pretensión, por carecer del principio de subsidiariedad.

Así mismo, se encuentra probado en el expediente, conforme a los anexos aportados por el tutelante y lo manifestado por la misma **EPS** tutelada, que el señor **Marlon Gustavo Rivera Cortázar**, actualmente presenta un diagnóstico de “**(G423) FRACTURA DE LA DIÁFISIS DEL HÚMERO**”, según la orden emitida el **23/11/2022**, por el médico especialista en Cirugía, Ortopedia y Traumatología tratante, **Dr. Alberto José Durán**, para lo cual, le ordenó “**CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR MEDICINA ESPECIALIZADA ORTOPEDIA Y/O TRAUMATOLOGÍA**”, indicando adicionalmente lo siguiente: “**POR FAVOR REMITIR AL PACIENTE A OTRA ENTIDAD DONDE TENGAN CIRUGÍA DE MANO**”, la cual se presentó ante la **EPS** accionada el **23/11/2022**, tal como se evidencia en las siguientes imágenes.

Resumen de la solicitud

Fecha y hora de la solicitud: 2022-11-23 14:29 Afiliado CC 1005896613 MARLON GUSTAVO RIVERA CORTAZAR

IPS OSTRUMA VALLE SAS - CALI (VALLE) Regional: Regional Valle - Cauca

Ámbito: Ambulatorio Regimen: Contributivo

Servicios solicitados

Número solicitud	Número ítem	Código	Descripción	Cantidad	Número autorización	Estado
22517931	1	01890280	CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGIA	1		Pendiente Auditoria POS

Este documento es informativo y no tiene validez para facturación de servicios.

¹² Página 18 del documento 06 del expediente electrónico de tutela.

 OSTRAUMA VALLE S.A.S. 900014881-8 CALLE 5 No. 38-48 5548410 -		Historia Clínica 1005896613 Orden Medica No. HC-75374 Sede - P.Atendin OSTRAUMA CALI - CONSULTA EXTERNA No. Documento FE-4067 Fecha de Impresión 2022-11-23	 HC-75374				
Fecha Orden	23/11/2022	Válido Hasta	21/02/2023	Afiliado	MARLON GUSTAVO RIVERA CORTAZAR		
Paciente	MARLON GUSTAVO RIVERA CORTAZAR			Tipo	COTIZANTE	Estrato	R1
Identificación	CC-1005896613			Entidad	CONTROLES		
Fecha Nac.	11/12/2001			Edad	20 años	Sexo	MASCULINO
Diagnostico Principal	(S423)						
Diagnostico Relacionado	-						
Pertinencia	Código	Descripción	Indicaciones	Autorización	Observaciones	Cantidad	
Regular	1890280	CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR MEDICINA ESPECIALIZADA ORTOPEDIA Y/O TRAUMATOLOGIA	POR FAVOR REMITIR AL PACIENTE A OTRA ENTIDAD DONDE TENGAN CIRUGIA DE MANO			1	
ALBERTO JOSE DURAN CC-14895280 - CIRUGIA ORTOPEDICA Y TRAUMATOLOGIA RM 76167 Se Firma Electronicamente				Firma del Usuario Dcto Ident:			

Ahora bien, demuestra la tutelada **EPS Emssanar S.A.S.**, que desde el **28/11/2022**, procedió a autorizar la prestación del servicio requerido por el tutelante en otra **IPS** adscrita a su red de prestadores, en este caso, la **E.S.E. Hospital Universitario del Valle – Evaristo García**, de la ciudad de Cali, aportando como prueba de ello copia digitalizada de la **autorización No. 2022003835051**, como aparece en la siguiente imagen, sin embargo, pese a la diligencia en la autorización por parte de la entidad, no se le informó al señor **Marlon Gustavo Rivera Cortázar**, o por lo menos, no se prueba que así haya sido, para que adelantara los trámites pertinentes para lograr dicha valoración.

PREVISUALIZACIÓN DE AUTORIZACIÓN
ESTE DOCUMENTO ES SOLO INFORMATIVO Y NO REEMPLAZA LA AUTORIZACIÓN

NÚMERO DE AUTORIZACIÓN: 2022003835051		Fecha: 28/11/2022	Hora: 08:58
IPS Autorizada:	ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCIA - CALI (VALLE)		NIT/CC: 890303461
Código: 760010379901	Dirección prestador:	CL 5 # 36 - 08	
Departamento: VALLE DEL CAUCA	76	Municipio:	CALI
Telefono: 6206000			001
DATOS DEL PACIENTE			
Nombre del afiliado: RIVERA CORTAZAR MARLON GUSTAVO			
Tipo de identificación:	CC	Numero de identificación:	1005896613
Regimen afiliación:	CONTRIBUTIVO		Fecha de nacimiento:
Dirección de residencia habitual:	DC 26 67 T 48		Telefono:
Departamento: VALLE DEL CAUCA	76	Municipio:	CALI
Telefono celular: 3243984710		Correo electronico:	marlonmejor1218@gmail.com
SERVICIOS AUTORIZADOS			
Ubicación del paciente al momento de la solicitud de autorización:			
<input checked="" type="checkbox"/>	Consulta externa	<input type="checkbox"/>	Hospitalización
<input type="checkbox"/>	Urgencias	<input type="checkbox"/>	Servicio
<input type="checkbox"/>	Cama	<input type="checkbox"/>	
SERVICIO	CODIGO	CANTIDAD	
CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGIA	890280	1	
Notas adicionales: USUARIO DE RÉGIMEN CONTRIBUTIVO DEBE CANCELAR EN IPS CUOTA MODERADORA. ORDEN SUJETA A AUDITORIA DE CUENTAS MEDICAS DE EMISSANAR CASO EN SEGUIMIENTO POR PARTE DE PRESTACIONES ECONOMICAS			
Justificación Clínica: PACIENTE PENDIENTE DE CIRUGIA. SE PROGRAMA PARA EL 24 DE OCTUBRE PERO POR PROBLEMAS INTERNOS NO SE PUDO HACER CIRUGIA PENDIENTE LA REPROGRAMACION SE DA INCAPACIDAD DEL 28/11/2022 HASTA 26/11/2022 SE REMITE A TRAUMATOLOGIA CON CIRUGIA DE MANO EN OTRA ENTIDAD YA QUE EL MEDICO TRATANTE NO LABORA YA EN OSTRAUMA VALLE			
Número de solicitud de autorización: 202217601		Fecha:	23/11/2022
Hora:		14:29	
PAGOS COMPARTIDOS			
Porcentaje del valor de los servicios de esta autorización a pagar por la entidad responsable del pago		100.00 %	
Semanas de afiliación del paciente a la solicitud de la autorización		960	
Recaudo del prestador	Concepto	Valor a pagar por el usuario	Porcentaje (%)
<input checked="" type="checkbox"/>	Cuota moderadora	3.700.000	
<input type="checkbox"/>	Copago		
<input type="checkbox"/>	Cuota de recuperación		
<input type="checkbox"/>	Otro. Cuot		
Centro de costo		Acumulado copago en el año	
		0,00	
		Valor máximo (Topes) en pesos	
INFORMACIÓN DE LA PERSONA QUE AUTORIZA			
Autorizador:	CARLOS MARIO ACHICANDY PINTA JAOR		Telefonos:
			Náima - Pulumayo 2-733 68 89
			Cauca - Valle 2-385 02 12
			Línea gratuita nacional 01-8000-129393

En este orden de ideas, si bien es cierto, a pesar de estar autorizado el servicio requerido por el tutelante, pudiéndose decir que por parte de la **EPS** fue un trámite que se adelantó con diligencia; no es menos cierto que, no se puso en conocimiento del actor, señor **Rivera Cortázar** dicha autorización, lo que generó que se haya dilatado en el tiempo la prestación

del servicio de salud que le fuere ordenado por su médico tratante, vulnerándose así este derecho fundamental.

Las anteriores razones son suficientes para que, el Juzgado, en cuanto al servicio de salud requerido – **CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR MEDICINA ESPECIALIZADA ORTOPEDIA Y/O TRAUMATOLOGÍA** – que le fuera prescrito por su médico tratante, especialista en Cirugía, Ortopedia y Traumatología, le ordene a la **EPS Emssanar S.A.S.**, que en atención a los **principios de continuidad y oportunidad** en la prestación del servicio de salud, establecidos en los **literales d) y e) del inciso segundo del artículo 6° de la Ley 1751 de 2015**, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la presente providencia, le realice al accionante, la valoración requerida.

En cuanto que se ordene realizar al tutelante el examen de Pérdida de Capacidad Laboral (PCL), se tiene que el **inciso 1° del artículo 20 del Decreto 1352 de 2013**, en armonía con lo dispuesto en el **inciso 1° del artículo 17 de la Ley 1562 de 2012**, establecen lo siguiente:

“ARTÍCULO 20. Honorarios. Las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez recibirán de manera anticipada por la solicitud de dictamen, sin importar el número de patologías que se presenten y deban ser evaluadas, el equivalente a un (1) salario mínimo mensual legal vigente de conformidad con el salario mínimo establecido para el año en que se radique la solicitud, el cual deberá ser cancelado por el solicitante.” Subraya y negrita del Juzgado).

“ARTÍCULO 17. HONORARIOS JUNTAS NACIONAL Y REGIONALES. Los honorarios que se deben cancelar a las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez, de manera anticipada, serán pagados por la Administradora del Fondo de Pensiones en caso de que la calificación de origen en primera oportunidad sea común; en caso de que la calificación de origen sea laboral en primera oportunidad el pago debe ser cubierto por la Administradora de Riesgos Laborales, conforme a la reglamentación que expida el Ministerio de Trabajo.” (Subraya, negrita fuera del texto).

Lo anterior, lo ha sido ratificado la Corte Constitucional en la **sentencia T-160/21**, indicando además que, frente a la claridad de la norma no es dable una interpretación diferente o aislada.

En este punto, la petición del actor, es que se ordene a la **EPS** accionada, **Emssanar S.A.S.**, que le ordene a una entidad de salud, le realice la valoración para establecer la **PCL**; sin embargo, con base en las normas transcritas ello no podría ser así, máxime si la accionada manifiesta que el tutelante ya cuenta con **“un concepto NO favorable de rehabilitación”** de fecha **20/01/2023**, mismo que si bien, no lo aporta como prueba la **EPS**, sí lo allega el tutelante, y respecto del cual se tiene conocimiento que le fue notificado a la **AFP Protección** el **24/01/2023**, puesto que así lo ratifica en su respuesta esta entidad, a la cual se encuentra afiliado el actor.

Cabe advertir, que en el concepto de rehabilitación no favorable emitido por la **EPS** y que allega el accionante como anexo junto con su escrito de tutela, aparecen los siguientes diagnósticos:

Código	Diagnóstico	Fecha
T07X	Traumatismos múltiples, o especificados	07/04/2021
S423	Fractura de la diáfisis del húmero	07/04/2021
G563	Lesión del nervio radial	07/04/2021
Z988	Otros estados postquirúrgicos especificados	25/08/2022
M771	Epicondilitis lateral	25/08/2022
T921	Secuelas de fractura del brazo	12/09/2022
R521	Dolor crónico intratable	28/10/2022

Sin embargo, a pesar de que el concepto no favorable de rehabilitación le fue remitido a la **AFP Protección**, no se tiene conocimiento de que la valoración de pérdida de capacidad laboral que se le haya realizado al actor por parte de esta entidad, pues, no se aporta al expediente, razón suficiente para que el Juzgado le ordene a esta administradora de fondos de pensiones que proceda, en caso de que no lo haya hecho, a realizarle al tutelante, señor **Marlon Gustavo Rivera Cortazar** dicha valoración de pérdida de capacidad laboral.

Finalmente, habrá de exhortarse al tutelante, señor **Marlon Gustavo Rivera Cortázar**, a fin de que preste colaboración en cuanto al acompañamiento que le haga la **EPS** accionada **Emssanar S.A.S.** y su empleador, la sociedad **Acción del Cauca S.A.S.**, para adelantar los trámites administrativos correspondientes, y que se le practique la valoración a que haya lugar para establecer la pérdida de capacidad laboral (PCL), o en su defecto, su reintegro al trabajo con las recomendaciones que establezcan los médicos tratantes, si hay lugar a ellas.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE SANTIAGO DE CALI, VALLE DEL CAUCA, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY;

RESUELVE:

PRIMERO. – **TUTÉLANSE** los derechos a la salud y seguridad social del accionante, señor **MARLON GUSTAVO RIVERA CORTÁZAR**, por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. – **ORDÉNASE** en consecuencia de lo anterior que la accionada **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD EMSSANAR S.A.S.**, a través de los señores: **JOSÉ EDILBERTO PALACIOS LANDETA**, en su calidad de Representante Legal para Acciones de Tutela, o quien haga sus veces; **SIRLEY BURGOS CAMPIÑO**, en su calidad de Representante Legal para Acciones de Tutela, o quien haga sus veces; **MELCHOR**

ALFREDO JACHO MEJÍA, en su calidad de Representante Legal para Acciones de Tutela, o quien haga sus veces; y el señor **JUAN MANUEL QUIÑONES PIZÓN**, en su calidad de Agente Especial Interventor Designado por la Supersalud, o quien haga sus veces, hoy **LUIS CARLOS ARBOLEDA MEJÍA**, quien reemplaza en el cargo al anterior; dentro de las **cuarenta y ocho (48) horas siguientes** a la notificación de la presente providencia, **si aún no lo ha hecho**, en atención a los **principios de continuidad y oportunidad** en la prestación del servicio de salud, establecidos en los **literales d) y e) del inciso segundo del artículo 6° de la Ley 1751 de 2015**, le **REALICE** al accionante, señor **MARLON GUSTAVO RIVERA CORTÁZAR**, sin que para ello se tenga que someter a más trámites administrativos, la **CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR MEDICINA ESPECIALIZADA ORTOPEDIA Y/O TRAUMATOLOGÍA**, que le fuera ordenada por su médico tratante, especialista en Cirugía, Ortopedia y Traumatología, **Dr. Alberto José Durán**, con el fin de dar continuidad a la atención de la lesión que padece, esto es **(S426) FRACTURA DE LA DIÁFISIS DEL HÚMERO**.

TERCERO. – **ORDÉNASE** igualmente que le **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A.**, a través de la señora **JULIANA MONTOYA ESCOBAR**, en su calidad de Representante Legal Judicial, o quien haga sus veces; dentro de las **cuarenta y ocho (48) horas siguientes** a la notificación de la presente providencia, **si aún no lo ha hecho**, **REALICE** al tutelante, señor **MARLON GUSTAVO RIVERA CORTÁZAR**, la valoración de **PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL (PCL)**.

CUARTO. – **NIÉGASE** por improcedente la presente petición de amparo constitucional impetrada por el señor **MARLON GUSTAVO RIVERA CORTÁZAR**, respecto al derecho a la seguridad social, en lo que tiene que ver con la petición de incapacidades retroactivas, por carecer del principio de subsidiariedad como requisito de procedibilidad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO. – **EXHÓRTASE** al tutelante, señor **MARLON GUSTAVO RIVERA CORTÁZAR**, a fin de que preste colaboración en cuanto al acompañamiento que le haga la accionada **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD EMSSANAR S.A.S.**, como su el empleador, la sociedad **ACCIÓN DEL CAUCA S.A.S.**, para adelantar los trámites administrativos correspondientes a fin de que se le practique la valoración a que haya lugar para establecer la pérdida de capacidad laboral (PCL), o en su defecto, su reintegro al trabajo con las recomendaciones que establezcan los médicos tratantes, si hay lugar a ellas.

SEXTO. – **REMÍTASE** el presente expediente a la **HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL** para su eventual revisión, dentro del término consagrado en el inciso 2° del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, en caso de no ser impugnado este fallo.

SÉPTIMO. – **ORDÉNASE** que de ser excluida de revisión la presente acción de tutela por la **HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL**, se proceda al **ARCHIVO** del expediente por

parte de la **OFICINA DE APOYO DE LOS JUZGADOS CIVILES MUNICIPALES DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE CALI.**

OCTAVO. – NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes en la forma y términos previstos en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991; no obstante, ante la eventual imposibilidad de enterar a las partes o a terceros interesados de las resultas de este trámite, **SÚRTASE** dicha notificación por **AVISO** el que deberá fijarse en la Oficina de Apoyo – Secretaría y a través de publicación en la página web de los Juzgados Civiles Municipales de Ejecución de Sentencias de esta ciudad.

NOTIFÍQUESE. –


JORGE HERNÁN GIRÓN DÍAZ
JUEZ