

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 017

Santiago de Cali, febrero 03 de dos mil diecisiete (2017).

Acción	Tutela
Radicación	76-001-33 33-005-2017-00016-00
Actor	JENNY DEL CARMEN CERVANTES GONZALEZ
Accionado	ARL POSITIVA, PORVENIR Y OTROS
Juez	CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

El Juzgado Quinto (5º) Administrativo Oral del Circuito de Cali, en sede de jurisdicción constitucional, decide la acción de tutela instaurada por la señora JENNY DEL CARMEN CERVANTES GONZÁLEZ, quien actúa en nombre propio, en contra del SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD – S.O.S. E.P.S., POVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES – ARL POSITIVA, según lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política.

La solicitud de amparo se basó en los siguientes,

1. HECHOS

1.1.- Expone la accionante que se encuentra afiliada a la Entidad Promotora de Salud (E.P.S). SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD – S.O.S, al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. Administradora de Riesgos Laborales (ARL) POSITIVA.

1.2.- Informa que que padece de (D259) leiomioma del útero, sin otra especificación (f331) trastorno depresivo recurrente (g500) neuralgia del trigémino (g519) trastorno del nervio facial (S832), atípica, desgarro de menisco.

1.3.- Manifiesta que presenta incapacidad continua desde el día 10 de Abril de 2015, y a la fecha la incapacidad se extiende hasta el 12 de Febrero de 2017, es decir seiscientos setenta y cuatro (674) días, debido a la enfermedad que padece.

1.4.- Indica que a la fecha superó un (1) año de iniciado el tratamiento, además de los 540 días que tratan los decretos 1507 de 2014 y 1352 de 2013, de haberse diagnosticado la enfermedad por lo que continua en proceso de rehabilitación integral, en estado de incapacidad incesante, sin que se le haya calificado la pérdida de capacidad laboral y

ocupacional por enfermedad de origen común, por parte de las entidades competentes, tal y como lo manifiesta la entidad promotora de salud (EPS) Servicio Occidental de Salud SOS, en su oficio SCA416 50CT15WE de fecha 5 de Octubre de 2016.

1.5.- Infiere que al no habersele practicado a tiempo la calificación de pérdida de capacidad laboral y ocupacional por la enfermedad se le ha ocasionado un empeoramiento en su condición física y mental, sometiéndola a una situación de indefensión.

1.6.- Aduce que desde el mes de Noviembre de 2016, se le interrumpió súbita e intempestivamente el suministro del medicamento esencial OXCARBAZEPINA TAB X 600 MG # 270 prescrito por el médico tratante, desde Abril de 2015. Agrega que la EPS SOS., argumenta que no tiene contrato vigente con AUDIFARMA, quien provee la medicina.

1.7.- Aclara que el origen de la enfermedad, denominada (G500) neuralgia del trigémino (g519) trastorno del nervio facial, atípica no tiene cura conocida ni comprobada por la ciencia médica. Agrega que las omisiones, vacíos jurídicos en el sistema de salud, el desentendimiento de los deberes y falta de gestión oportuna de su empleador, han generado que su situación de salud mental y anímica se agrave, viéndose obligada realizar gestiones burocráticas que no le corresponden.

1.8.- Considera que la deficiencia física, mental y sensorial temporal, limita su capacidad de ejercer las actividades cotidianas de la vida diaria. Además que las entidades del sistema de salud deben suministrar los medicamentos como es el caso del medicamento OXCARBAZEPINA TAB X 600 MG # 270, y prestar todos los servicios de salud, como es el caso de la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional, sin interrupciones o suspensiones ni omisiones por razones presupuestales y/o administrativas.

2. DERECHOS FUNDAMENTALES VIOLADOS

La accionante considera que le están violado el derecho fundamental a la salud.

3. PRETENSIONES

La accionante solicita lo siguiente:

Tutelar el derecho antes mencionado y en consecuencia ordenar a quien corresponda restablecer inmediatamente el suministro continuo e ininterrumpido del medicamento OXCARBAZEPINA TAB X 600 MG # 270, el cual es esencial para el tratamiento.

Ordenar a quien corresponda, de acuerdo al resultado de Calificación de Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional, el reconocimiento del derecho a pensión por invalidez y/o las prestaciones asistenciales a que haya lugar.

Solicita atención integral en todo lo que requiera.

4. SUJETOS DE ESTA ACCIÓN

Accionante: señora JENNY DEL CARMEN CERVANTES GONZÁLEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 66.857.236

Entidades Accionadas: SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD – S.O.S. E.P.S., POVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES – ARL POSITIVA.

Vinculada: SOCIEDAD ABOGADA ASESORA MOTOA MURIEL BARBARA EUGENIA S.A.S.

5. TRÁMITE PROCESAL

Mediante escrito radicado en la Secretaría de éste Despacho con fecha enero 23 de 2017, se instauró la presente acción de tutela; fecha en la que igualmente por auto interlocutorio No. 044, se avocó su conocimiento, se ordenó vincular a la SOCIEDAD ABOGADA ASESORA MOTOA MURIEL BARBARA EUGENIA S.A.S. y se dispuso correr traslado de la misma a los accionados y vinculado por el término de dos días, para que ejercieran el derecho de defensa y contradicción, si a bien lo tuvieren. Las notificaciones respectivas se produjeron según consta en oficios visibles a folios 206 a 210 del expediente.

6. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

6.1.- El Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. manifiesta que la calificación de la pérdida de capacidad laboral u ocupacional es el proceso por medio del cual se valoran las enfermedades "y accidentes de una persona que son calificados como de origen común o profesional, en aras de determinar el derecho al reconocimiento de algún tipo de prestación económica por parte del Sistema General de Seguridad Social Integral en Pensiones o en Riesgos Laborales según corresponda.

Su afirmación la soporta, citando aparte del Decreto 019 de 2012 sobre la materia.

Sostiene que la EPS SOS, expidió el Concepto de Rehabilitación Integral (CRI) con PRONÓSTICO LABORAL FAVORABLE el 22 de Julio de 2015. Siendo notificado la Sociedad Administradora el 23 de Julio de 2015.

Aduce que han cancelado las incapacidades de origen común a favor de la señora JENNY DEL CARMEN CERVANTES GONZALEZ, que han sido transcritas por su EPS.

Considera que la señora JENNY DEL CARMEN CERVANTES GONZALEZ, aún no puede ser calificada en una primera oportunidad ya que aún no ha terminado el proceso de rehabilitación integral, además de considerar que nunca elevó la solicitud formal de valoración de la pérdida de capacidad laboral.

Aclara que para proceder con el trámite de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral es necesario que la accionante solicite cita previa en alguna de sus oficinas para que una vez cumplida la fecha de su cita, pueda radicar la documentación requerida y debidamente diligenciada, ya que solo así el Comité Medico tendrá criterio para estudiar el caso.

Expone que la acción de tutela resulta innecesaria en contra de esa entidad, teniendo en cuenta que la actora no se ha acercado a las oficinas de esa AFP a radicar los documentos exigidos por la Compañía Aseguradora de acuerdo a los términos pertinentes. Agrega que es imposible determinar el derecho a algún tipo de prestación económica por parte de la afiliada si ella misma no radica la documentación necesaria para llevar a cabo tal estudio, por lo tanto la actora no puede alegar su propia culpa a su favor cuando ni si quiera ha radicado la documentación exigida para realizar el trámite pretendido.

Informa que la señora JENNY DEL CARMEN CERVANTES GONZALEZ, si a bien lo tiene, puede manifestar su inconformidad respecto del concepto proferido, para que si es el caso sea la Junta Regional de Calificación de Invalidez para que profiera una segunda calificación.

Dice que el legislador dispuso que si la inconformidad persiste, es la Junta Nacional de Calificación de Invalidez la encargada de decidir en segunda instancia los recursos de apelación interpuestos contra los dictámenes de las Juntas Regionales de Calificación, sobre el origen, estado de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional, fecha de estructuración y revisión de pérdida de capacidad laboral y pensional.

Infiere que la presente acción de tutela es improcedente ya que la accionante no aporta una sola prueba tendiente a demostrar que se encuentra ad portas de sufrir un perjuicio de naturaleza irremediable.

6.2.- SOCIEDAD ABOGADA ASESORA MOTOA MURIEL BARBARA EUGENIA S.A.S., Informa que en calidad de empleadora de la accionante ha cumplido cabalmente con sus obligaciones frente al pago de aportes al sistema general de seguridad social en salud y con la radicación de las respectivas incapacidades médicas ante la Empresa Promotora de Servicios de Salud a la que se encuentra afiliada Servicio Occidental de Salud.

Manifiesta frente a las pretensiones, que ninguna de ellas tiene relación o recae sobre actuación a su a cargo. Solicita que no se ordene ni genere obligaciones a cargo su cargo.

6.3.- LA ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES – ARL POSITIVA informa que después de revisada la base de datos y aplicativos de información se verificó que no existe accidente laboral o enfermedad laboral reportado ni por el accionante ni por el empleador, pertenecientes a la accionante ante la Administradora de Riesgos Laborales.

Indicar que las patologías no relacionadas con el accidente de trabajo son de origen común y deberán ser manejadas a través de la EPS, ya que no existe relación de Causalidad con el evento calificado como Profesional.

Respecto de la autorización y entrega de medicamentos OXCARBOMAZEPINA TAB 600MG/270 manifiesta que deben ser asumidas a través de la Entidad Promotora de Salud a la cual se encuentra vinculada la accionante, esto es: “SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD - SOS”, puesto que en esa Administradora de Riesgos laborales no existe reporte alguno que permita endilgar vulneración a los derechos fundamentales predicados por la accionante. Agrega que las EPS han sido diseñadas para garantizar servicios médicos indistintamente del origen.

Frente a la pretensión de efectuar la calificación de pérdida de la capacidad laboral, agrega la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. que al no existir reporte de accidente de trabajo, la calificación pretendida debe ser otorgada por parte de la Entidad Promotora de salud EPS y la Administradora de Fondo de Pensiones AFP a la cual se encuentre vinculada la accionante.

Referente a las incapacidades solicitadas por la actora; aduce que corresponderá a la EPS o AFP COLPENSIONES reconocer dichos certificados y los que a posterior se generen.

Concluye que no es la entidad llamada a garantizar las prestaciones asistenciales y

económicas en razón a que los diagnósticos que padece actualmente la señora Jenny del Carmen Cervantes González, son de origen de tipo común, es decir que no son derivados de un accidente de trabajo. Por lo tanto considera que se presenta la figura de falta de legitimación por pasiva frente a esta Entidad

Solicita que se declare improcedente la presente Acción de Tutela en contra de esa Administradora de Riesgos Laborales.

6.4.- EL SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD – S.O.S. E.P.S no contesto la tutela

7. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

7.1. Competencia

Este Despacho judicial es competente para conocer de la presente acción de Tutela, de conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en armonía con artículo 1º numeral 1º inciso 3º del Decreto 1382 de 2000.

7.2. Acción de tutela – Marco general

La tutela es una acción pública de carácter subsidiaria, residual y autónoma, por medio de la cual es posible ejercer el control judicial de los actos u omisiones de los órganos públicos o de los entes privados que puedan vulnerar derechos fundamentales, a través de un procedimiento preferente y sumario, salvo las excepciones establecidas en la ley para su procedencia.

Este mecanismo fue introducido a nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, según el cual toda persona por sí misma o por quien actúe a su nombre, tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos previstos en la ley y sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Agrega a renglón seguido que dicha protección consistirá “en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo”.

Según el texto constitucional, para que el amparo proceda, no basta que se compruebe la vulneración o amenaza de uno o más derechos fundamentales, sino que es indispensable que el solicitante de la tutela no cuente con otro medio de defensa judicial al que pueda acudir para lograr su protección, a no ser que utilice el mecanismo para evitar un perjuicio irremediable¹.

No puede perderse de vista que la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria² y no está diseñada para reemplazar las acciones judiciales ordinarias a las cuales la persona puede acudir para hacer valer sus derechos. La acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza.

7.3. Presupuestos para la procedencia de la acción de tutela:

Ahora bien, los presupuestos para que proceda la acción de tutela son tres:

7.3.1 Que se esté ante la vulneración o amenaza de vulneración de un derecho fundamental por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular, en este evento en los casos señalados en la Ley.

7.3.2. Es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial y,

7.3.3. Que en caso que el afectado cuente con otro medio de defensa judicial, la acción de tutela se interponga como un mecanismo transitorio de protección para evitar un perjuicio irremediable.

8. Problema Jurídico

Debe el Despacho determinar, si las entidades demandadas están vulnerando el derecho fundamental a la salud de la accionante al no haberle autorizado y suministrado el medicando OXCARBAZEPINA TAB X 600 MG # 270 prescrito por el médico tratante.

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-983 de 13 de septiembre de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

² Corte Constitucional, Sentencia T-585 del 29 de julio de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Así mismo determinar si la entidades accionadas y/o la vinculada están conculcando le derecho fundamental a la seguridad social de la actora, al no efectuar la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional a la accionante, teniendo en cuenta que se superaron 540 días de incapacidad, generados por enfermedad de origen común.

A efectos de resolver el problema jurídico atrás planteado, entrará el despacho a definir:

La procedencia de la acción de tutela para la protección del derecho a la seguridad social;

Derecho a la salud dentro del marco de la Ley Estatutaria 1751 de 2015;

Presupuestos jurisprudenciales fijados por la Corte Constitucional para la inaplicación de normas que reglamentan el Plan Obligatorio de Salud.

Disposiciones que regulan las prestaciones por incapacidades superiores a 180 días, generadas por enfermedad no profesional o accidente común. Por último, se analizara el caso en concreto.

9.- Procedencia de la acción de tutela para la protección del derecho a la seguridad social

Sobre este aspecto, la Corte Constitucional plasmó las siguientes consideraciones³:

“(...) 1. La acción de tutela fue instituida como un mecanismo excepcional para la protección de los derechos fundamentales vulnerados. Y es excepcional, por cuanto en un Estado de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios⁴ para la satisfacción de tal pretensión. De este modo, sólo en el evento en el que los derechos fundamentales resulten afectados o amenazados y los mecanismos ordinarios sean a) ineficaces, b) inexistentes, o c) se configure un perjuicio irremediable -condiciones que se analizan bajo las circunstancias particulares del caso concreto- la acción de tutela es procedente, conforme lo estableció el artículo 86 de la Constitución Política⁵ y el numeral 1° del artículo 6° del Decreto

³ Corte Constitucional, Sentencia T- 427 del 28 de mayo de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁴ Respecto a la existencia de mecanismos judiciales ordinarios en sentencia de tutela T- 453-09 se señaló: “Fue así como la Constitución Política dispuso un sistema jurídico al que todas las personas tienen derecho a acceder, con el fin de que, en el mismo, todos los conflictos jurídicos fueren resueltos en derecho en virtud de normas sustanciales y procesales preexistentes, erigiendo diversas jurisdicciones (ordinaria -artículo 234-, contencioso administrativa -artículo 236-, constitucional –artículo 239-) y en cada una de éstas determinando la competencia material, las autoridades y las acciones y procedimientos para su acceso.

De esta forma, el ordenamiento jurídico ofrece normas procesales y sustanciales ejecutadas por autoridades previamente instituidas, para que sean resueltos todos los conflictos que en él sucedan. (...)

Así, la acción de tutela es un mecanismo efectivo para el amparo de los derechos fundamentales cuyo ejercicio ante la existencia de otros medios de defensa judicial, no significa el remplazo de éstos, sino el desarrollo mismo de su finalidad, esto es, que en interés de la salvaguarda de los derechos fundamentales afectados, la acción de tutela procederá de manera excepcional y subsidiaria ante la inexistencia de un medio de defensa judicial o ante la amenaza de configuración de un perjuicio irremediable”.

⁵ “Artículo 86: Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o

2591 de 1991⁶. (...)

3. El carácter fundamental del derecho a la seguridad social no es suficiente para que su amparo -ante una posible vulneración o amenaza- proceda por medio de la acción constitucional de tutela. (...)

De este modo, para que la tutela del derecho a la seguridad social sea procedente es necesario, en primer lugar, que a) se hayan adoptado las medidas de orden legislativo y reglamentario que permitan establecer instituciones encargadas de la prestación del servicio, las condiciones para acceder a la prestación y un sistema que asegure la provisión de fondos, y en segundo lugar, b) se satisfagan los requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela.

De lo anterior se colige, que quien acuda a la acción de tutela no puede tener otro mecanismo para acceder a lo pretendido, pues tornaría improcedente su actuar, por cuanto este tipo de acciones son de carácter residual y subsidiario, no obstante, la acción será procedente si el actor acredita haberla interpuesto como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o como mecanismo principal cuando existiendo otro medio de defensa, este sea ineficaz para proteger los derechos fundamentales conculcados.

9.1 El derecho a la salud dentro del marco de la ley estatutaria 1751 del 16 de febrero de 2015.

La expedición de dicha ley, tuvo por objetivo principal garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección; para ello fijó unos parámetros bajo los cuales los usuarios deben ser atendidos, estipuló la responsabilidad del Estado frente a quienes requieren los servicios en salud y frente a las instituciones que se encargan de la prestación del mismo.

Dicha ley recogió en gran medida, los pronunciamientos reiterados de la H. Corte Constitucional respecto del trato digno y oportuno que deben recibir todos los colombianos en el momento de acudir al sistema por atención en salud, en cualquiera de las fases que ésta se solicite, para ello, citó los elementos y principios en los cuales se basa la protección de este derecho fundamental, tales como: disponibilidad, accesibilidad, calidad e idoneidad profesional, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad del derecho, solidaridad, eficiencia, entre otros.

Igualmente, elevó al rango de derecho fundamental el derecho a la salud, definiendo

amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. (...) Esta acción 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" (Resalta la Sala).

⁶ Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

"Artículo 6°: CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante" (Resalta la Sala).

que el mismo es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo, y consagró en su artículo 2º lo siguiente:

“(...) Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado. (...)”

Respecto a la negación en la prestación del servicio de salud, la citada ley dispone lo siguiente:

“Artículo 14. Prohibición de la negación de prestación de servicios. *Para acceder a servicios y tecnologías de salud no se requerirá ningún tipo de autorización administrativa entre el prestador de servicios y la entidad que cumpla la función de gestión de servicios de salud cuando se trate de atención de urgencia.*

El Gobierno Nacional definirá los mecanismos idóneos para controlar el uso adecuado y racional de dichos servicios y tecnologías en salud.

Parágrafo 1º. *En los casos de negación de los servicios que comprenden el derecho fundamental a la salud con independencia a sus circunstancias, el Congreso de la República definirá mediante ley las sanciones penales y disciplinarias, tanto de los Representantes Legales de las entidades a cargo de la prestación del servicio como de las demás personas que contribuyeron a la misma.*

Parágrafo 2º. *Lo anterior sin perjuicio de la tutela.”*

La ley establece que la salud debe ir más allá de la atención de la enfermedad, y por ello prevé los componentes de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, recuperación, rehabilitación y paliación de las enfermedades, de acuerdo con las necesidades de los usuarios, para tanto dispone que el Sistema garantizará el derecho fundamental a través de la prestación de servicios y tecnologías, que serán sufragados con los recursos públicos, los cuales son inembargables, tienen destinación específica y no podrán ser dirigidos a fines diferentes a los previstos constitucional y legalmente.

Otro de los aspectos importantes que dicha Ley entró a regular, es la autonomía médica profesional, por ello su artículo 17 establece:

“Artículo 17. Autonomía profesional. *Se garantiza la autonomía de los profesionales de la salud para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo. Esta autonomía será ejercida en el marco de esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad y la evidencia científica.*

Se prohíbe todo constreñimiento, presión o restricción del ejercicio profesional que atente contra la autonomía de los profesionales de la salud, así como cualquier abuso en el ejercicio profesional que atente contra la seguridad del paciente.

Parágrafo. *Queda expresamente prohibida la promoción u otorgamiento de cualquier tipo de prebendas o dádivas a profesionales y trabajadores de la salud en el marco de su ejercicio laboral, sean estas en dinero o en especie por parte de proveedores; empresas farmacéuticas, productoras, distribuidoras o comercializadoras de medicamentos o de insumos, dispositivos y/o equipos médicos o similares.*

En ese sentido, asegura que los médicos serán quienes tomen las decisiones sobre los tratamientos y medicamentos que requiere un paciente, bajo el entendido que ellos como profesionales de la salud, son los llamados a definir qué es lo que el usuario necesita para el manejo sus padecimientos.

9.3 Presupuestos jurisprudenciales para ordenar en sede tutela el suministro de atención en salud excluida del Plan Obligatorio de Salud.

Respecto a los **presupuestos para la protección de las personas a las que se les niega servicios de salud y medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud**, la Corte Constitucional, ha expresado la obligación de las EPS o EPS-S, de proporcionar a los pacientes los medicamentos o tratamientos que el médico tratante formule, aun cuando los mismos no se encuentren en el listado oficial. Además, ha reiterado los presupuestos para la protección de las personas a las que se les niega dicha atención en salud, sobre el tema, ha discurrido bajo el siguiente temperamento:

“En relación con cualquier clase de enfermedad que ponga en peligro el núcleo esencial del derecho a la vida o la vida en condiciones dignas, la Corte reiteradamente ha sostenido que las EPS o EPS-S

se encuentran en la obligación de proporcionar a los pacientes, en forma inmediata, el medicamento o tratamiento que el médico tratante formule, aún cuando el mismo no se encuentre dentro del listado oficial.

Para que proceda la protección en cabeza de las EPS-S debe tenerse en cuenta el cumplimiento de los siguientes requisitos⁷:

i) Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida a la vida en condiciones dignas o a la integridad personal del interesado, pues no se puede obligar a la EPS o a la EPS-S a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos;

ii) Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el POS o en el POS-S o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger la vida del paciente;

iii) Que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS o a la EPS-S a la cual se halle afiliado el demandante,

iv) Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud.

De acuerdo al cumplimiento de los presupuestos enunciados, la Corte Constitucional con fundamento en el artículo 4° de la Constitución Política, ha inaplicado aquellas disposiciones que, o bien restringen la entrega de medicamentos, o bien impiden la aplicación de ciertos tratamientos médico-quirúrgicos⁸”. (Se resalta)

9.4. Disposiciones que regulan las prestaciones por incapacidades superiores

⁷ Sobre este tema pueden consultarse, entre otras, las sentencias. T-271/95, T-666/97

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-866 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

a 180 días, generadas por enfermedad no profesional o accidente común.

Esta materia se encuentra regulada particularmente en el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, en armonía con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

De cara a esta legislación la Corte Constitucional efectuó el siguiente análisis⁹:

*“(…)4.4. Interpretando las disposiciones mencionadas, la Corte ha mantenido el criterio pacífico de que el pago de las incapacidades laborales por enfermedad general que se causan a partir del día 181 corre por cuenta de la AFP, **hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se califique la pérdida de su capacidad laboral.**”¹⁰*

El debate planteado en esta oportunidad remite, sin embargo, a un escenario distinto, que se enmarca en el ámbito de los cambios que introdujo el Decreto Ley 19 de 2012, “por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública” en relación con los procedimientos para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales. A continuación, la Sala precisará cuáles fueron esas modificaciones y evaluará su relevancia en la solución del asunto objeto de revisión.

(…) Más adelante, el artículo 142 le adicionó dos párrafos al artículo 41 de la Ley 100 de 1993, sobre el procedimiento de la calificación del estado de invalidez. Los nuevos párrafos son los siguientes:

“Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro provisional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.(…)”

(…) Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto”.

(…) 4.6. Como se observa, el Decreto Ley 19 mantuvo en cabeza de las AFP la facultad de postergar el trámite de calificación de invalidez hasta por 360 días adicionales a los primeros 180 días de incapacidad, con la condición de que, con cargo al seguro respectivo, otorguen un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Eso significa, en principio, que las AFP siguen siendo las responsables del pago de las incapacidades que superen 180 días.(…)”

“(…) Una vez reciba el concepto de rehabilitación favorable, la AFP deberá postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días adicionales, reconociendo el pago de las incapacidades causadas desde el día 181 en adelante, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se dictamine la pérdida de su capacidad laboral (Decreto 2463 de 2001, artículo 23).

“Si el concepto de rehabilitación no es favorable, la AFP deberá remitir el caso a la junta de calificación de invalidez, para que esta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y, en ese caso, califique la pérdida de la capacidad laboral del afiliado. Si esta es superior al 50% y el trabajador cumple los demás requisitos del caso, la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez

⁹ Corte Constitucional, sentencia del 11 de junio de 2013, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva, referencia expediente T – 3775923.

¹⁰ Al respecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-980 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba); T-920 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza); T-137 de 2012 (M.P. Humberto Sierra) y T-263 de 2012 (M.P. Jorge Iván Palacio).

respectiva. Si es menor del 50%, el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo, o reubicado en un acorde con su situación de incapacidad.

Precisado lo anterior, la Sala sintetizará las reglas que ha fijado la Corte para asegurar que las incapacidades laborales sean reconocidas y pagadas de manera ágil y diligente, considerando la situación de vulnerabilidad que, por lo general, enfrentan quienes reclaman estas prestaciones económicas.”

Criterios jurisprudenciales sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales.

4.8. La Corte ha llamado la atención, primero, sobre la importancia de que las entidades del SGSSI orienten al afiliado en el trámite previo al pago de las incapacidades laborales. La sentencia T-980 de 2008¹¹ las instó, en concreto, a tener en cuenta que quienes reclaman el pago de esas prestaciones son sujetos vulnerables, merecedores de un trato especial de parte de las entidades a cuyo cargo está el reconocimiento y pago de las prestaciones asistenciales y económicas que materializan el derecho fundamental a la seguridad social.

Ese trato especial, advirtió el fallo, impide que las EPS se abstengan de pronunciarse sobre las incapacidades laborales superiores a 180 días por el solo hecho de carecer de competencia al respecto y, en cambio, las obliga a actuar armónicamente con las demás entidades del SGSSI y a remitir a tiempo los documentos que la AFP requiere para resolver la solicitud del afiliado de manera oportuna.

La Corte ha sido enfática en que el afiliado no tiene por qué soportar, bajo ninguna circunstancia, los efectos de esas controversias, mucho menos cuando existe certeza sobre su derecho. Así, ha insistido en que las diligencias previas al reconocimiento y pago de las prestaciones del sistema de seguridad social integral deben resolverse oportunamente, sin inmiscuir al afiliado en disputas que no le competen y que, en cualquier caso, pueden poner en riesgo sus condiciones mínimas de existencia.

4.10. Finalmente, y con el mismo propósito, esta corporación avaló la posibilidad de que los jueces de tutela señalen un responsable provisional del pago de las incapacidades laborales, para salvaguardar los derechos fundamentales de quienes las reclaman, mientras las entidades del caso definen cuál de ellas es la encargada de cancelarlas, en aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias respectivas.

De lo que se trata, de nuevo, es de privilegiar la protección de las garantías mínimas de quienes se ven temporalmente desprovistos de sus ingresos básicos por cuestiones de salud sobre las disputas de índole contractual que puedan presentarse en relación con la responsabilidad de los actores del SGSS en el reconocimiento y pago de esas prestaciones¹².(…)” (Resalto con negrilla y subrayas es del Juzgado).

Del anterior referente jurisprudencial se deduce que:

- En los eventos de accidente o enfermedad de origen común, las Administradoras de Pensiones **deben postergar** el trámite de calificación de invalidez hasta por un término máximo de 360 días calendario, adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, **cuando exista concepto favorable de rehabilitación** emitido por la misma, caso en el cual, la Administradora de Pensiones, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, debe otorgar un subsidio equivalente a la incapacidad que el trabajador

¹¹ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹² La sentencia T-786 de 2009 (M.P. María Victoria Calle) explicó, al respecto, que la facultad de definir un responsable provisional del pago de las incapacidades laborales por vía de tutela tiene la finalidad primordial de garantizar el mínimo vital del peticionario y de su familia. De ahí que, en todo caso, el destinatario de las órdenes dictadas por el juez constitucional conserve la potestad de reclamar el reembolso de las sumas reconocidas a quien considere el verdadero obligado, a través de las vías judiciales diseñadas con ese objeto. Sobre la posibilidad de designar en sede constitucional un responsable provisional de las incapacidades laborales pueden revisarse, también, las sentencias T-404 de 2010 (M.P. María Victoria Calle), T-1047 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt).

venía disfrutando. Esto, debe entenderse que es hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se califique la pérdida de su capacidad laboral.

- No obstante lo anterior, la E.P.S. está obligada a emitir el respectivo concepto de rehabilitación con anterioridad al día 120 de incapacidad, y remitirlo a la AFP antes del día 150, si no lo hiciera dentro de estos términos, deberá pagar las incapacidades que se causen con posterioridad al día 180, obligación que prevalecerá hasta tanto se emita el respectivo concepto, que en caso de ser favorable, transmitirá dicha obligación a la AFP, hasta por un término máximo de 360 días, posteriores a los primeros 180.

- Cuando **el concepto de rehabilitación es desfavorable**, la Administradora de Pensiones debe remitir el caso a la junta de calificación de invalidez, para que ésta determine si se agotó el proceso de rehabilitación de manera completa, y en tal caso, califique la pérdida de la capacidad laboral. Si ésta supera el 50% y si el afiliado cumple los demás requisitos, la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez correspondiente. Contrario sensu, si es inferior al 50%, el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo, o reubicado en uno acorde con su discapacidad.

Ahora bien, es evidente que frente al tema tratado existe un vacío jurídico en relación con el pago de incapacidades posteriores a 540 días, tanto cuando exista calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50% y dichas incapacidades se posterguen en el tiempo, como cuando esa calificación arroje una PCL superior al 50% y aún está en trámite lo atinente al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

Precisamente, la honorable Corte Constitucional, al abordar esta problemática, expresó lo que a continuación se plasma¹³:

“(...)4.1.6. En este orden de ideas, la legislación nacional establece que las incapacidades laborales que surjan como consecuencia de una enfermedad de origen común, existe el deber de que alguna de las entidades del Sistema General de Seguridad Social las pague. No obstante, existe un vacío legal frente al obligado a pagar cuando se superan los 540 días de incapacidad sucesiva, existiendo dos panoramas: 1) que el trabajador tenga un porcentaje inferior al 50% de pérdida de capacidad laboral y se sigan expidiendo incapacidades laborales o, 2) que la disminución en la capacidad laboral sea superior al 50%.

4.1.6.1. En el primer escenario, los derechos reconocidos legalmente para el trabajador cuya incapacidad ha finalizado, consiste en la obligación del empleador de reintegrar a su puesto habitual de trabajo, además que el empleador siga realizando en su favor aportes a la seguridad social y que su vínculo laboral sea terminado únicamente con la autorización del Ministerio del Trabajo.

(...)4.1.6.2.1. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que en los casos en que no se tiene

¹³ Sentencia T-004 de 2014, M.P. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

certeza de cuál es la entidad responsable de cubrir determinadas incapacidades laborales, es obligación de alguna de las entidades del Sistema General de Seguridad Social de pagarlas o de lo contrario se causaría al trabajador una afectación a su mínimo vital, por lo cual es juez de tutela debe señalar quién es el responsable provisional de cumplir dicho deber, aun cuando se otorgue la posibilidad de repetir contra aquél que resulte ser el verdadero obligado(...)" (Negrilla y subrayas son del Juzgado).

5.2.1. Si bien la legislación nacional omitió una regulación específica respecto a radicar en cabeza de alguna de las entidades del Sistema de Seguridad Social la obligación de pagar las incapacidades generadas después del día 540, este déficit normativo no puede constituirse en una forma de vulnerar los derechos fundamentales que se resguardan con el pago de la incapacidad, sobre todo tratándose de una persona cuyo salario mínimo es el único sustento para vivir en condiciones de dignidad(...)"

Se tiene entonces que ante el panorama de incapacidades mayores a 540 días continuos, bajo el contexto que el trabajador haya sido calificado con pérdida de capacidad laboral por debajo o por encima del 50%, y se le siguen expidiendo incapacidades laborales, es criterio del máximo tribunal en lo constitucional que, ante la falta de certeza sobre cuál es la entidad responsable de cubrir las mismas –por vacío normativo-, es obligación de alguna de las entidades del Sistema General de Seguridad Social de pagarlas, dado que, de no ser así, se afectaría el mínimo vital del trabajador y su núcleo familiar. Por consiguiente, corresponde al juez de tutela indicar quién es el responsable provisional de cumplir dicho deber, dando la posibilidad de repetir contra aquél que resulte ser el verdadero obligado.

Sin embargo precisa la Corte, que ante la hipótesis de un trabajador que es calificado con pérdida de capacidad laboral superior al 50%, el Fondo de Pensiones debe costear las incapacidades laborales, mientras se decide en forma definitiva sobre el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. Esto debe entenderse, frente a incapacidades causadas con posterioridad al día 180, y sin importar que éstas sobrepasen los 540 días continuos de incapacidad.

10.- Caso Concreto

10.1.- SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, procede el Despacho a analizar el **caso en concreto**, referente al suministro del medicamento OXCARBAZEPINA TAB X 600 MG # 270 para lo cual se tiene, de acuerdo a lo expuesto por las partes y lo obrante en proceso, que la señora JENNY DEL CARMEN CERVANTES GONZALEZ, solicita que S.O.S. E.P.S. autorice medicamento OXCARBAZEPINA, EL cual fue prescrito por el médico tratante¹⁴.

Sobre el particular el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. se debe indicar que pese a dio respuesta a la acción de tutela no se manifestó frente al suministro del

¹⁴ Folio 19.

medicamento OXCARBAZEPINA.

A su turno la SOCIEDAD ABOGADA ASESORA MOTOA MURIEL BARBARA EUGENIA S.A.S., manifiesta que ninguna de la pretensiones de la accionante tiene relación o recae sobre actuación a su a cargo.

Por su parte, LA ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES – ARL POSITIVA manifestó que la autorización y entrega de medicamentos OXCARBOMAZEPINA TAB 600MG/270 debe ser asumidas a través de la Entidad Promotora de Salud a la cual se encuentra vinculada la accionante, es decir el SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD - SOS”.

Cabe mencionar que el SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD – S.O.S. E.P.S no contestó la acción de tutela, pese a que fue informada de su existencia, garantizándosele el derecho al debido proceso; circunstancia que conlleva a que con fundamento en el principio de presunción de veracidad, previsto en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, se tenga por cierto lo manifestado por la accionante.

Es claro conforme a los documentos obrantes en el expediente además de lo manifestado por la ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES – ARL POSITIVA que el SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD – S.O.S. E.P.S está vulnerando el derecho fundamental de la salud del accionante, ya que el medicamento OXCARBOMAZEPINA TAB 600MG/270 fue ordenado por el médico tratante como consecuencia de la patología que padece la accionante.

Así, es claro para el Despacho que el SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD – S.O.S. E.P.S desatendió las normas que le obligan a responder y atender todas las contingencias en salud de la accionante, negligencia que bien pudo generarle mayores problemas de salud, habida cuenta de la patología de orden en salud que le afecta. Ahora, el SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD – S.O.S. E.P.S debe ser diligente en observar las normas claras y precisas que le señalan obligaciones para con sus afiliados. No es plausible de manera alguna considerar que el diagnostico que afecta la salud de la accionante no tenga un nexo causal con el diagnostico padecido, cuyo propósito es el de hacer más llevadera su precaria situación y, por consiguiente, evitar que su calidad de vida sufra más deterioro.

A lo anterior, agregar que por su condición clínica, la actora se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta (art. 13 C.P), en consecuencia, se reconoce como sujeto de especial protección constitucional y, por consiguiente, tiene derecho

a recibir un tratamiento especial de parte del Estado, la sociedad y su familia.

Acorde con lo argumentado en precedencia, se tutelarán el derecho fundamental a la salud de la accionante, puestos en riesgo por la entidad accionada SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD – S.O.S. E.P.S por la morosidad en el suministro del servicio de salud requerido, y en consecuencia, se ordenará al SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD – S.O.S. E.P.S, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo hubiere hecho, proceda a autorizar el MEDICAMENTO OXCARBOMAZEPINA TAB 600MG/270 tal como lo ordenó el médico tratante.

10.2.- CALIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL Y OCUPACIONAL

Con relación al segundo problema jurídico planteado, es decir lo atinente a la calificación de la pérdida capacidad laboral y ocupacional, tenemos que la accionante solo cuenta para su subsistencia con el pago de las incapacidades laborales expedidas en su favor, pues así lo refiere en el escrito de tutela, siendo esta una negación indefinida que no requiere prueba según lo dispone el inciso final del artículo 167 del Código General del Proceso, no obstante ello, dicha negación pudo ser controvertida por las entidades accionadas en el término concedido para contestar, valga decir, se invirtió la carga de la prueba y dichas entidades no probaron que la accionante poseía medios distintos al pago de sus incapacidades para garantizar su subsistencia, y así demostrar la improcedencia de la presente acción.

Es así como de lo obrante en el proceso, se extrae:

i) Que la actora reporta incapacidades laborales desde abril 10 de 2015, por enfermedad de origen común (fl. 139), siendo la última acreditada en el expediente, la expedida desde enero 14 de 2017 hasta febrero 12 de 2017, es decir por el término de 30 días (fl. 14). Según la señora JENNY DEL CARMEN CERVANTES GONZALEZ, se han generado un total de 674 días continuos de incapacidad (fl. 200).

ii) La accionante asevera que no se le ha practicado la calificación de pérdida de capacidad laboral y ocupacional por la enfermedad por parte de las entidades accionadas.

iii) Que según obra a folio 142 del expediente, el SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD – S.O.S. E.P.S remitió el caso de la actora a PORVENIR S.A. mediante oficio SCA4165OCT16WE de octubre 05 de 2016, para que definiera lo correspondiente a la pérdida de capacidad laboral y ocupacional de la accionante.

iv) El SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD – S.O.S. E.P.S, no contestó la acción de tutela.

v) El Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. manifiesta que efectivamente la EPS SOS, expidió el Concepto de Rehabilitación Integral (CRI) con PRONÓSTICO LABORAL FAVORABLE el 22 de Julio de 2015, el cual fue remido a esa entidad, sin embargo considera que la señora JENNY DEL CARMEN CERVANTES GONZALEZ, aún no puede ser calificada en una primera oportunidad ya que no ha terminado el proceso de rehabilitación integral.

Dice que para proceder con el trámite de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral es necesario que la accionante solicite cita previa en alguna de sus oficinas, para que una vez cumplida la fecha de su cita, pueda radicar la documentación requeridos y debidamente diligenciada, ya que solo así el Comité Medico tendrá criterio para estudiar el caso. Agrega que actora no ha elevado solicitud de la calificación de la capacidad laboral ante esa entidad.

vi) La SOCIEDAD ABOGADA ASESORA MOTOA MURIEL BARBARA EUGENIA S.A.S., Informa que ha cumplido cabalmente con sus obligaciones frente al pago de aportes al sistema general de seguridad social en salud y con la radicación de las respectivas incapacidades médicas. Manifiesta que las pretensiones de la accionante no están a su a cargo.

vii) A su turno LA ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES – ARL POSITIVA sostiene que la calificación de pérdida de la capacidad laboral de la actora, debe ser realizada por parte de la Entidad Promotora de salud EPS y la Administradora de Fondo de Pensiones AFP a la cual se encuentre vinculada la accionante, en tanto las prestaciones asistenciales y económicas del diagnósticos que padece actualmente la señora Jenny del Carmen Cervantes González corresponde a origen de tipo común, es decir que no son derivados de un accidente de trabajo

Pues bien, de acuerdo con las anteriores reseñas jurisprudenciales y fácticas, considera el despacho que la señora CERVANTES GONZÁLEZ tiene derecho a que se le practique la calificación de la perdida de la capacidad laboral, dada su condición

de afiliada al Sistema General de Seguridad Social Integral.

A la luz de la pruebas allegadas al plenario, corresponde al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A la práctica de la calificación de la pérdida de capacidad laboral a la accionante, porque voluntariamente postergó la calificación de la accionante, teniendo en cuenta que el SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD – S.O.S. E.P.S. le remitió el asunto para tal propósito (fl. 142), y el dictamen de pérdida de capacidad laboral se emitió en primera oportunidad el 22 de julio de 2015, (fls. 213), Con concepto favorable. Así las cosas es deber calificar con prontitud la pérdida de capacidad laboral de la actora, abriendo de esta manera la posibilidad de que ésta pudiera acceder y si fuere pertinente el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en forma oportuna; sin embargo, aquella optó por aplazar indefinidamente la susodicha calificación.

A la accionante le han sido expedidas incapacidades laborales que sobrepasan los 540 días, que es el límite que ha fijado el legislador para el pago de incapacidades por parte de las Administradoras de Pensiones; sin embargo PORVENIR S.A. no ha realizado la calificación de la pérdida de la capacidad laboral de la accionante aduciendo que ésta no ha hecho solicitud para su práctica, no obstante, para el Despacho no es concebible que la demora en calificación aducida corresponda a que la actora no ha realizado solicitud al respecto, ya que se probó que el SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD – S.O.S. E.P.S, elevó la solicitud ante PORVENIR S.A. para que ésta última calificara a la señora CERVANTES GONZALEZ (fl 142). De tal forma que PORVENIR S.A., ha dilatado de manera injustificada el trámite de calificación de la pérdida de la capacidad laboral; a más de que en este evento se debe acudir al principio de solidaridad, en aras de proteger los derechos fundamentales de la accionante.

En suma, siendo claro para este Despacho, la procedencia de esta acción de tutela para estudiar la solicitud de calificación de pérdida de la capacidad laboral de la accionante, por estar acreditada la afectación de sus derechos fundamentales y, además, tener la condición de sujeto de especial protección constitucional; se concederá la presente acción para proteger los derechos fundamentales a la seguridad social, vulnerado a la actora.

Consecuentes con lo anterior, se ordenará a PORVENIR S.A. que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, emita las autorizaciones correspondientes y realice los demás trámites administrativos que

sean necesarios, con miras a que, lo antes posible, se haga efectiva calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional a la señora JENNY DEL CARMEN CERVANTES GONZÁLEZ.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- TUTELAR los derechos fundamentales de la salud y a la seguridad social de la señora JENNY DEL CARMEN CERVANTES GONZÁLEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 66.857.236

SEGUNDO.- ORDENAR al SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD – S.O.S. E.P.S, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo hubiere hecho, proceda a autorizar el medicamento OXCARBOMAZEPINA TAB 600MG/270 tal como lo ordenó el médico tratante a la accionante.

TERCERO.- ORDENAR al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo hubiere hecho, emita las autorizaciones correspondientes y realice los demás trámites administrativos que sean necesarios, con miras a que, lo antes posible, se haga efectiva calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional a la señora JENNY DEL CARMEN CERVANTES GONZALEZ.

CUARTO.- NOTIFICAR esta providencia a las partes de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO.- En caso de no ser impugnada la presente tutela dentro del término de los tres (3) días siguientes a la notificación (Art. 31 y 32 del decreto 2591 de 1991), **REMITIR** a la Corte Constitucional para efectos de su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Original firmado
CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez