

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Ref.	Acción de Tutela N° 11001310500420200044000
Accionante:	CRISTIAN ALEXIS RINCÓN ESPITIA C.C. 1.098.734.706
Accionado:	DIRECCIÓN DE SANIDAD – EJERCITO NACIONAL - MEDICINA LABORAL
Vinculada:	MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

Bogotá, D.C. 2 diciembre de 2020

Estando dentro del término legal, procede el Despacho a resolver en primera instancia la acción de tutela interpuesta por CRISTIAN ALEXIS RINCÓN ESPITIA, a través de apoderado judicial Dra. Briggitti Vera Villareal en contra de la **DIRECCIÓN DE SANIDAD – EJERCITO NACIONAL – MEDICINA LABORAL** y la vinculada **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL** por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, integridad física, salud, dignidad humana, seguridad social, igualdad, lo que hizo consistir en los siguientes:

HECHOS

1. Que fue vinculado al Ejército Nacional de Colombia, en calidad de soldado regular, quien prestó su servicio militar en el Batallón de ASPC N° 05 Mercedes Abrego, con sede en Bucaramanga, con un tiempo de servicio prestado desde el 13 de agosto de 2011 al 17 de agosto de 2012.
2. Que, durante la prestación del servicio militar, sufrió perforación timpánica de oído izquierdo. CIE: H669, así como trastorno depresivo, manejado por psiquiatría.
3. Que mediante informe de fecha 6 de julio de 2012, el comandante establece: *“con la presente me permito informar que el ya mencionado soldado se encuentra con problemas de salud, por parte de un oído, ya que el día 31 de enero mientras la compañía realizaba polígono correspondiente al mes, haciendo ejercicio de tiro, se le estallo el oído izquierdo. Produciéndole dolor; el día 30 de abril de 2012, se dirigió al hospital militar en donde lo valoro un otorrinolaringólogo, y le encuentra una perforación crónica de tímpano y se encuentra tomando medicamentos para el dolor”*.

4. *Que fue calificado mediante junta médica provisional N.º 5291 registrada en la Dirección de Sanidad del Ejército de fecha 11 de julio de 2012, la cual indica: “paciente sufre trauma acústico presentando perforación timpánica valorada y tratada por otorrino quien tiene pendiente timpanoplastia, por lo tanto, se hace junta medica provisional.*
5. Que el día 21 de noviembre de 2014, se le realizó timpanoplastia izquierda sin ninguna complicación.
6. Que el día 17 de septiembre de 2017, fue valorado por consulta externa, presentando un trastorno depresivo.
7. Que en la actualidad requiere de audífonos sistema Cross, los cuales no han sido entregados por parte de la institución militar, por encontrarse inactivo en el subsistema de salud de las fuerzas militares.
8. Que el día 1 de octubre de 2020, fue radicado derecho de petición ante la DIRECCIÓN DE SANIDAD -EJÉRCITO NACIONAL, a través del cual solicitaba valorar la pérdida de capacidad laboral y brindar las prestaciones asistenciales en salud requeridas, teniendo en cuenta su deterioro significativo en salud.

PRETENSIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Solicita la parte accionante que se protejan sus derechos fundamentales, para lo cual solicita se ordene a la accionada DIRECCIÓN DE SANIDAD, la entrega de audífonos sistema CROSS, así mismo que se orden realizar al actor el examen médico de retiro correspondiente y proceda a fijar fecha y hora para la realización de la junta médica laboral.

ACTUACIONES DEL JUZGADO

Mediante auto de fecha 19 de noviembre de 2020 se admitió la acción de tutela contra DIRECCIÓN DE SANIDAD -EJÉRCITO NACIONAL- MEDICINA LABORAL y se ordenó vincular al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, librándose las comunicaciones correspondientes para que dentro del término allí establecido se pronunciaran sobre los hechos de la presente acción.

Dicha admisión fue enviada a los correos electrónicos de las entidades, y se obtuvo respuesta positiva de recibido, tal como se observa a folios 106 a 108 del expediente, sin embargo, las accionadas guardaron silencio.

PRUEBAS APORTADAS POR LAS PARTES

Cabe mencionar en este punto que la parte accionante allego las pruebas relacionadas a folios 11 a 96 del expediente.

CONSIDERACIONES

Uno de los mecanismos más importantes que surgieron con ocasión de la expedición de la Carta Política que rige los destinos de la Nación desde 1991, es la consagración en dicho texto normativo superior de la acción de tutela como mecanismo breve, ágil y eficaz colocado al alcance de todas las personas, sean naturales o jurídicas, para que concurren ante los jueces a fin de que se les proteja en sus derechos fundamentales, derechos inherentes al ser humano como tal, cuando quiera que tales derechos resulten desconocidos, violados o infringidos por la acción o la omisión de una autoridad pública o de particulares, en este último caso en los precisos eventos señalados en la Constitución o la Ley.

Del contexto de la última parte del inciso 1º del artículo 86 de la Carta, se desprende que **la acción de tutela está revestida de las características de ser eminentemente subsidiaria y residual, procediendo sólo, se repite, cuando los derechos fundamentales “resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.**

Dicho lo anterior se revisarán los **requisitos de procedibilidad** de la presente acción:

1. Legitimidad en la causa por activa y pasiva

En el caso particular, los requisitos en mención se cumplen a cabalidad pues la acción de tutela fue interpuesta por CRISTIAN ALEXIS RINCÓN ESPITIA, a través de apoderado judicial, quien pretende la protección de sus derechos presuntamente vulnerados a la vida, integridad física, salud, dignidad humana, seguridad social, igualdad. Por su parte, la tutela fue dirigida en contra de la DIRECCIÓN DE SANIDAD -EJERCITO NACIONAL-MEDICINA LABORAL, entidad legitimada por pasiva por ser la encargada de los hechos que dieron origen a la presente acción.

2. Inmediatez

Con relación al principio de inmediatez como requisito de procedibilidad del presente mecanismo, la Corte Constitucional ha establecido que la acción de tutela deberá interponerse dentro de un término razonable luego de la acción u omisión que vulneró o amenaza con vulnerar un derecho fundamental; sobre el particular la sentencia SU-961 de 1999 estimó que “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".¹ En el mismo sentido la sentencia SU-391 de 2016 señaló que "[n]o existen reglas estrictas e inflexibles para la determinación de la razonabilidad del plazo, sino que es al juez de tutela a quien le corresponde evaluar, a la luz de las circunstancias de cada caso concreto, lo que constituye un término razonable". Sentencia T171-18.

Teniendo en cuenta lo anterior y del examen de las pruebas allegadas por el accionante se tiene que los hechos transcurrieron entre el año 2011 a 2012, sin embargo, se anexa un derecho de petición radicado por medio de correo electrónico ante la entidad el 1 octubre de 2020, así mismo se evidencian las fórmulas, autorizaciones y citas médicas varían entre el año 2012 al 2020, por lo cual se presentó en un término que el Despacho encuentra razonable, se colige que en el caso que nos ocupa dicha acción cumple con el requisito de inmediatez.

3.Subsidiariedad

Los artículos 86 de la Carta Política y 6 del Decreto 2591 de 1991 señalan que la acción de tutela solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial o cuando se utilice como un mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. "Sin embargo, esta Corporación ha establecido que *"un medio judicial únicamente excluye la acción de tutela cuando sirve en efecto y con suficiente aptitud a la salva-guarda del derecho fundamental invocado"*.²

En este caso se debe considerar si la acción de tutela es procedente, pese a que el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 asignó a la Superintendencia Nacional de Salud la función jurisdiccional de *"conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez"* los asuntos en los que exista conflicto entre las entidades que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud y los usuarios. Por su parte, el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 estableció que el procedimiento dispuesto ante la Superintendencia de Salud es *"preferente y sumario"* y deberá sujetarse a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

Lo que observa el Juzgado es que no obstante la existencia paralela del

¹ Corte Constitucional, sentencia SU-961 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

² Corte Constitucional, sentencias T-311 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández y SU-772 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

mecanismo jurisdiccional en cabeza de la Superintendencia, ya la Corte Constitucional ha aceptado la procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho fundamental a la salud.³

Para ello se tiene que conforme a lo dispuesto en la sentencia T-881 de 2007 se podía establecer que el derecho a la salud no era de raigambre fundamental, podía ampararse este derecho cuando el mismo se encontrara en conexidad como por ejemplo con el derecho a la vida, para lo cual se debían cumplir los requisitos señalados en la sentencia citada los cuales son; **i)** cuando el derecho prestacional se halla en conexidad con un derecho de rango fundamental, de modo que la afectación del primero conlleva la del segundo, **ii)** cuando el sujeto del derecho es un niño, una persona de la tercera edad o un discapacitado sensorial, físico o psíquico y **iii)** cuando, como consecuencia del desarrollo legal o administrativo de una norma constitucional abstracta, el derecho prestacional se transmuta y adquiere raigambre fundamental.

Aunado a lo anterior, **se expidió la Ley 1751 de 2015, por medio de la cual se reguló el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones, en donde se estableció que la salud era un derecho fundamental autónomo e irrenunciable en lo individual y lo colectivo.**

Por su parte la sentencia T-121/15 dispuso:

3.3.2. Ahondando en la faceta de la salud como derecho, resulta oportuno mencionar que ha atravesado un proceso de evolución a nivel jurisprudencial y legislativo, cuyo estado actual implica su categorización como derecho fundamental autónomo. Para tal efecto, desde el punto de vista dogmático, se consideró que dicha característica se explica por su estrecha relación con el principio de la dignidad humana, por su vínculo con las condiciones materiales de existencia y por su condición de garante de la integridad física y moral de las personas.

Esta nueva categorización fue consagrada por el legislador estatutario en la Ley 1751 de 2015[11], cuyo control previo de constitucionalidad se ejerció a través de la Sentencia C-313 de 2014[12]. Así las cosas, tanto en el artículo 1 como en el 2, se dispone que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable[13] y que comprende –entre otros elementos– el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción.

³ Sentencias T-603 de 2015 y T-400 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz; T-450 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt y T-707 de 2016, MP Luis Guillermo Guerrero.

Pues bien, definida la salud por la jurisprudencia constitucional como *“aquella facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento”* (Sentencia T-682 de 2004, M.P. Dr. JAIME ARAUJO RENTERÍA), determinándose que de este derecho se generan ciertas garantías encaminadas a que el paciente supere de manera total sus quebrantos, para así disponer de una vida en condiciones dignas, en conclusión, se tiene que, dentro de la concepción de nuestro Estado Social de Derecho, tal principio adquiere relevancia cuando se afecta la vida misma.

De igual forma, mediante sentencia T-548 de 2011⁴, la Corte Constitucional reafirmó el carácter de fundamental del derecho a la salud señalando:

“Inicialmente la jurisprudencia de la Corte Constitucional consideró en relación con el derecho a la salud, que, para ser amparado por vía de tutela, debía tener conexidad con los derechos a la vida, la integridad personal y la dignidad humana. En tal sentido argumentó que se protegía como derecho fundamental autónomo tratándose de los niños, en razón a lo dispuesto en el artículo 44 de la constitución y se tutelaba el ámbito básico cuando el peticionario era un sujeto de especial protección.

No obstante, la postura de esta Corporación ha evolucionado y ha reconocido la salud con el carácter de derecho fundamental autónomo. Sin embargo, también ha dicho que ser un derecho fundamental no implica per se, que todos los aspectos cobijados por este son tutelables, pues dado que los derechos no son absolutos, pueden estar restringidos por los criterios de razonabilidad y proporcionalidad fijados por la jurisprudencia.”

Sobre este tópico es claramente ilustrativa la sentencia T-016 de 2007⁵, en la cual se señala textualmente:

“De acuerdo con la línea de pensamiento expuesta y que acoge la Sala en la presente sentencia, la fundamentalidad de los derechos no depende –ni puede depender– de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores

⁴ MP. Humberto Antonio Sierra Porto

⁵ MP. Humberto Antonio Sierra Porto

consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención).

“Significan de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios –económicos y educativos– indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).”

La anterior cita plasma una clara concepción de esta Corporación acerca del carácter “ius- fundamental” del derecho a la salud, que en ciertos eventos comprende el derecho al acceso a prestaciones en materia de salud y cuya protección, garantía y respeto supone la concurrencia de los poderes estatales y de las entidades prestadoras y su protección mediante la acción de tutela.

Descendiendo al caso objeto de estudio se tiene que, una vez revisadas las pruebas allegadas al plenario, el despacho encuentra que si bien acudir a esta instancia judicial resulta subsidiario según lo establecido por la H. Corte *“De lo anterior es posible deducir las siguientes reglas: (i) el procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud para la protección de los derechos de los usuarios en el marco de las relaciones E.P.S.-Afiliado tiene un carácter prevalente; (ii) la tutela tiene un carácter residual cuando se persigue la protección de los derechos de los usuarios del sistema de seguridad social en salud; y (iii) la posibilidad de acudir directamente a la tutela es excepcional, de modo que ésta procede cuando se esté ante la inminente configuración de un perjuicio irremediable o se establezca que, en el caso concreto, el procedimiento ante la autoridad administrativa no es idóneo”*⁶. No es menos cierto que la accionada ya se acercó a la Superintendencia para la protección de sus derechos, sin embargo, no obra en esta tutela prueba alguna de la respuesta de la EPS frente a los requerimientos.

Ahora bien, frente a lo solicitado por la apoderada del accionante, se tiene que manifiesta que a la fecha no se le ha entregado el insumo del audífono

⁶ T-098 de 2016

sistema CROSS que requiere, por no tener la afiliación activa, así mismo expresa que no se le ha realizado el examen de retiro correspondiente.

De acuerdo, a la historia clínica allegada se pudo establecer que efectivamente el señor Cristian Rincón, padeció una perforación timpánica de oído izquierdo, y que de igual forma sufre de un trastorno depresivo, además de cada uno de los controles que le han realizado, y las fórmulas medicas entregadas en cada consulta. Pero, en cuanto a lo solicitado del sistema CROSS, en lo anexos de la acción de tutela no es posible apreciar, la orden médica que autoriza la entrega de dicho insumo, que solicita la parte accionante, pero tal como expresa la Corte Constitucional en Sentencia T-014/17:

“Por regla general, las entidades prestadoras de salud solo están obligadas a autorizar servicios e insumos que hayan sido prescritos por un profesional adscrito a su red de prestadores de servicios médicos. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, ante la inexistencia de una orden o cualquier otro documento que permita colegir, técnica o científicamente, la necesidad de lo que reclama un usuario, resulta imperiosa la intervención del juez constitucional con miras a impartir un mandato en el sentido que corresponda”.

Tal como se puede apreciar y consta en la historia clínica del actor y en cada una de las consultas médicas en donde le han prescrito los diferentes exámenes y medicamentos. Sin embargo, es importante destacar que, en una de las respuestas generadas por parte de la DIRECCIÓN DE SANIDAD, de fecha 1 de julio de 2020 obrante a folio 29 del plenario, se le informa a RINCÓN ESPITIA, *“que actualmente se encuentra inactivo en el subsistema de salud de las fuerzas militares (SSFM), desde el 25 de enero de 2019, por lo que no es posible darle trámite a su solicitud, y se le manifiesta el trámite a seguir para la verificación de datos y pertinencia de la activación de los servicios, además de los documentos que debe allegar para darle la veracidad a la solicitud.*

De lo cual, no se tiene conocimiento si el actor lo ha realizado a la fecha, por lo que se recomienda siga las directrices pertinentes para la entrega del sistema CROSS ordenado.

En la acción de tutela, se puede apreciar un derecho de petición radicado vía correo electrónico a la DIRECCIÓN DE SANIDAD, con fecha de recibido del 1 de octubre de 2020, folios 22 a 25 del plenario, del cual no se observa que se haya generado respuesta alguna al respecto, por lo cual se ordenara a la accionada, responder de fondo dicha solicitud.

Ahora bien, en lo relacionado con la realización del examen de pérdida de capacidad laboral, la Corte Constitucional en Sentencia T- 427 de 2018, ha expresado:

“En el contexto del reconocimiento de una pensión de invalidez, cualquiera que sea su origen (común o laboral), el ordenamiento jurídico impone que el estado de invalidez se determina a través de una valoración médica que conlleva a una calificación de pérdida de capacidad laboral, la cual es realizada por las entidades autorizadas por la ley. Con dicha calificación se dictamina el porcentaje de afectación, el origen de la pérdida de y la fecha en la que se estructuró. Como ya fue señalado, se considera inválida la persona que haya sido calificada con el 50% o más de pérdida de capacidad laboral.

Para definir el estado de invalidez y, por lo tanto, el derecho al reconocimiento de la respectiva pensión, el legislador ha establecido el procedimiento que se debe cumplir, el cual impone la participación activa del afiliado, de las entidades que intervienen en el proceso de calificación y de los sujetos responsables del reconocimiento y pago de dicha prestación”.

Sobre este punto, se tiene que la Corte de forma sistemática ha sostenido que la calificación de pérdida de capacidad laboral es un derecho que tienen todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social, sin distinción alguna, pues es el medio para acceder a la garantía de otros derechos como la salud, el mínimo vital y la seguridad social, en tanto permite establecer si una persona tiene derecho a las prestaciones asistenciales o económicas que se consagran en el ordenamiento jurídico, por haber sufrido una enfermedad o accidente. En concreto, en la Sentencia T-038 de 2011, se advirtió que:

“tal evaluación la calificación de pérdida de capacidad laboral permite determinar si la persona tiene derecho al reconocimiento pensional que asegure su sustento económico, dado el deterioro de su estado de su salud y, por tanto, de su capacidad para realizar una actividad laboral que le permita acceder a un sustento. Adicional a ello, la evaluación permite, desde el punto de vista médico, especificar las causas que la originan la disminución de la capacidad laboral.”

Atendiendo a la importancia del derecho que tienen las personas dentro del Sistema de Seguridad Social de recibir una calificación de su pérdida de capacidad laboral y la incidencia de ésta para lograr la obtención de prestaciones económicas y asistenciales, de las cuales dependan los derechos fundamentales a la seguridad social o al mínimo vital, se considera que todo acto dirigido a dilatar o negar injustificadamente su realización, es contrario a la Constitución y al deber de protección de las garantías *iusfundamentales* en que ella se funda.

Una vez tratado lo anterior, se tiene que como la entidad accionada guardó silencio, no se tiene un pleno conocimiento del porque no se ha realizado el trámite de pérdida de capacidad laboral del actor, además de la respuesta

del derecho de petición radicado el día 1 de octubre en donde la apoderada solicita dicha realización.

En consecuencia, **el Juzgado tutelaré el derecho a la salud** del accionante y en aras de ello se ordenará a la DIRECCIÓN DE SANIDAD que, en un término no mayor a 72 horas siguientes a la notificación de esta providencia, realice los trámites administrativos necesarios para la realización del examen de pérdida de capacidad laboral, y así mismo dé una respuesta en un término de 48 horas al derecho de petición del actor radicado el día 1 de octubre de 2020.

Frente al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, encuentra el despacho que no existe vulneración alguna por parte de estos frente a los derechos invocados por el actor, motivo por el cual **se ordenará su desvinculación** de la presente acción constitucional.

Por lo expuesto el Juzgado Cuarto Laboral de Circuito de Bogotá del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia constitucional en nombre de la República de Colombia y por mandato de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud, de petición invocados por el señor **CRISTIAN ALEXIS RINCÓN ESPITIA**, a través de apoderado judicial en contra de la **DIRECCIÓN DE SANIDAD – EJERCITO NACIONAL -MEDICINA LABORAL**, por lo expuesto en la presente providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la Entidad **DIRECCIÓN DE SANIDAD – EJERCITO NACIONAL -MEDICINA LABORAL**, a que en un término de setenta y dos (72) horas siguientes a la notificación de esta providencia, realice los trámites administrativos necesarios para la realización del examen de pérdida de capacidad laboral, solicitado en derecho de petición del día 1 de octubre de 2020.

TERCERO: ORDENAR a la entidad **DIRECCIÓN DE SANIDAD – EJERCITO NACIONAL -MEDICINA LABORAL**, que en un término de cuarenta y ocho (48) horas de contestación de fondo a la petición del 1 de octubre de 2020, obrante a folio 23 a 25 del expediente.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones invocadas.

QUINTO: NOTIFICAR: esta decisión a las partes por el medio más expedito.

SEXTO: DESVINCULAR al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, por lo expuesto.

SÉPTIMO: Esta providencia podrá ser impugnada dentro del término legal a través del correo electrónico con que cuenta este despacho jlato04@cendoj.ramajudicial.gov.co

OCTAVO: REMITIR en caso de no ser impugnado el presente fallo, el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. Una vez regrese el expediente a este despacho, si la presente acción no es seleccionada para revisión por dicha corporación, se ordena el archivo de la presente acción sin providencia que lo autorice.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

El Juez,



ALBERT ENRIQUE ANAYA POLO