REPÚBLICA DE COLOMBIA
CIRCUITO JUDICIAL DE GARAGOA
JUZGADO PRIMERO PROMISCUO MUNICIPAL

Garagoa, Boyacá, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Referencia:	**ACCIÓN DE TUTELA.**
Accionante:	**RICARDO CURREA DUQUE**
Accionadas:	**FAMISANAR E.P.S. SEGUROS BOLÍVAR ARP Y MECÁNICOS ASOCIADOS S.A.S.**
Vinculadas:	**ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, SECRETARÍA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, MEDIMÁS EN LIQUIDACIÓN, E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, E.S.E HOSPITAL REGIONAL VALLE DE TENZA, GARCÍA PÉREZ MÉDICA Y CIA S.A.S., SEGUROS DE VIDA ALFA, PERSONERÍA MUNICIPAL DE GARAGOA, SECRETARÍA DE INTEGRACIÓN SOCIAL DE LA GOBERNACIÓN DE BOYACÁ, FUNDACIÓN LIGA CENTRAL CONTRA LA EPILEPSIA, MARÍA CONSUELO MORALES PERILLA, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y FONDO DE PENSIONES PORVENIR S. A.**
Radicado:	**152994089001-2023-000015-00.**

Sentencia No. **006**

Temas. Protección del derecho fundamental a la salud. Procedencia de la acción de tutela frente a la vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social en salud, mínimo vital, dignidad humana y la vida por el no pago de las incapacidades laborales médicas.

Procede el Juzgado a resolver la acción de tutela de la referencia dentro de la oportunidad legal pertinente.

1. **IDENTIFICACIÓN DEL TEMA DE DECISIÓN.**

Se decide en primera instancia la acción de tutela propuesta por el señor Ricardo Currea Duque contra Famisanar EPS, Seguros Bolívar ARP y Mecánicos Asociados S.A.S., por medio de la cual solicita se le proteja a él –y a su hijastra discapacitada– los derechos fundamentales a la salud, vida, seguridad social, mínimo vital, a la igualdad, y, en consecuencia, se ordene a las accionadas el pago de las incapacidades ordenadas por su médico tratante.

Como sustento fáctico, el quejoso señaló que es padre cabeza de familia, puesto que provee las necesidades del hogar compuesto por su esposa María Consuelo Morales Perilla, su hijastra discapacitada, y su hijo, que es estudiante universitario. Dijo, además, que lleva aproximadamente tres años incapacitado, a causa de que se le autorizó el trasplante de cadera, pero que la EPS demandada vulnera sus derechos fundamentales, toda vez que no le han

realizado el pago de sus incapacidades pese que ha presentado las solicitudes para el pago, aduce que las contestaciones recibidas son evasivas. Por otra parte, señala que la Aseguradora Seguros Bolívar ARL no se ha pronunciado dado el tiempo que lleva de incapacidad, y que lo que se viene presentando es que entre FAMISANAR EPS y la aseguradora mencionada se genere un cruce de comunicaciones, por cuanto entre las dos entidades se trasmiten documentos, pero ninguna le realizado el pago.

De otro lado, señala que hasta el mes de diciembre de 2021 la EPS MEDIMÁS le pagó las incapacidades y que luego fue remitido a Famisanar EPS debido a la Liquidación de MEDIMAS. Solicita en consecuencia que se ordene a FAMISANAR E.P.S., que le realice los pagos de las incapacidades para no verse en la situación actual de vulnerabilidad dado que no cuenta con recursos para poder cubrir sus obligaciones personales, familiares y sociales.

Por último, aseguró que la forma progresiva en que lo afectan sus enfermedades perturban la posibilidad de mantenerse en el mercado laboral, y continuar con los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, a pesar de sufrir de una enfermedad incapacitante.

2. **PROBLEMA JURÍDICO**

En el presente asunto se ha de determinar si Famisanar EPS, Seguros Bolívar ARP, Mecánicos Asociados S.A.S., o alguna de las entidades vinculadas vulneran al señor Ricardo Currea Duque sus derechos fundamentales a la salud, a la salud, vida, seguridad social, mínimo vital y a la igualdad, al no garantizar de forma efectiva el pago de las incapacidades médicas ordenadas por el médico tratante?. Igualmente se ha de determinar si ¿FAMISANAR EPS debe pagar periodos de incapacidad pendientes adeudados por la anterior EPS del tutelante?

3. **CRÓNICA DEL PROCESO O ANTECEDENTES**

3.1. Mediante providencia de fecha 13 de febrero de 2023 (f. 46), se admitió la acción de tutela, se ordenó notificar de manera inmediata a las accionadas, para que en el término de dos (2) días emitieran su pronunciamiento al respecto. De otro lado, se dispuso la vinculación oficiosa de La Administradora De Los Recursos Del Sistema General De Seguridad Social En Salud – Adres, Secretaría De Salud Del Departamento De Boyacá, Superintendencia Nacional De Salud, Ministerio De Salud Y Protección Social, Medimás En Liquidación, E.S.E Hospital San Rafael De Tunja, E.S.E Hospital Regional Valle De Tenza, García Pérez Médica y CIA S.A.S., Seguros De Vida Alfa, Personería Municipal De Garagoa, Secretaría De Integración Social De La Gobernación De Boyacá, Fundación Liga Central Contra La Epilepsia, y María Consuelo Morales Perilla

Con proveído de 17 de febrero de 2023 (f. 205), se ordenó vincular como accionadas a la Junta Regional De Calificación De Invalidez, Junta Nacional De Calificación De Invalidez Y Fondo De Pensiones Porvenir S. A.

3.2. **Contestaciones de las accionadas y vinculadas.**

3.2.1. Superintendencia Nacional de Salud. El subdirector Técnico de Defensa Jurídica de la entidad pidió se les desvincule de toda responsabilidad dentro de la acción de tutela de la referencia, toda vez que la presunta vulneración no deviene de actuación generada por ellos, y existe falta de legitimación en la

causa por pasiva, puesto que no son el superior jerárquico de los actores que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Para ello, dijo que es la EPS la responsable del pago de las incapacidades a sus afiliados cotizantes no pensionados por todo el tiempo que estén inhabilitados física o mentalmente para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio habitual.

De igual manera refirieron que, el origen del accidente o de la enfermedad, causantes o no de pérdida de la capacidad laboral o de la muerte, será calificado por la institución prestadora de servicios de salud que atendió a la persona por motivo de la contingencia en primera instancia y por la entidad administradora de riesgos profesionales en segunda, **y que las** controversias que surjan con ocasión de los conceptos o dictámenes emitidos sobre el origen o fecha de estructuración, serán resueltas por las juntas regionales de calificación de invalidez así que, cuando se haya determinado en primera instancia el origen de una contingencia, el pago de la incapacidad temporal deberá ser asumido por la entidad promotora de salud o administradora de riesgos profesionales respectiva, precediéndose a efectuar los reembolsos en la forma prevista en el parágrafo 4, del artículo 6 del Decreto 2463 de 2001.

3.2.2. Ministerio de Salud y Protección Social. Por intermedio del director Técnico Jurídico de la entidad solicitó se les exonere de cualquier responsabilidad dentro de la acción de tutela de la referencia, en la medida que no es la llamada a reconocer y pagar prestaciones económicas derivadas de las incapacidades médicas toda vez que no tiene dentro de sus funciones la prestación de servicios médicos, ni la inspección, vigilancia y control del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Para ello, dijo que el pago de prestaciones económicas derivadas de la incapacidad médica lo hacen las Entidades Promotoras de Salud - EPS, a sus afiliados cotizantes no pensionados, por todo el tiempo que estén inhabilitados física o mentalmente para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio habitual.

3.2.3. Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.| A través de apoderado judicial solicitó se deniegue el amparo interpuesto, puesto que considera no ha desplegado conducta alguna que vulnere los derechos fundamentales del accionante; así mismo, peticionó se deniegue la facultad de recobro, toda vez que se torna inexistente ante la expedición de las Resoluciones 205 y 206 de 2020, puesto que ya giraron a la EPS los recursos de los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, y además cuenta con los recursos de la Unidad de Pago por Capitación para suministrar los servicios que requiere la parte actora.

Con ese fin señaló, luego de hacer un recuento sobre su marco normativo y los derechos fundamentales involucrados, que en lo que tiene que ver con el pago de incapacidades superiores a 540 días, el Decreto 1333 de 2018 estableció como obligación de las EPS el reconocimiento y pago de las mismas: i) cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico; ii) cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante; iii) cuando por enfermedades

concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prologuen el tiempo de recuperación del paciente y que en el caso del afiliado encontrase en alguna de estas situaciones, la EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541).

3.2.4. Fundación Liga Central Contra la Epilepsia. La representante legal de la entidad indicó que, revisada la base de datos, no se registraron antecedentes respecto de los motivos de la tutela, información que fue confirmada con la familia de la paciente.

3.2.5. E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Tunja. Por conducto de apoderado especial solicitó se le desvincule de la acción, por falta de legitimación en la causa por pasiva. Para ello dijo que, conforme al historial Clínico, el paciente ha recibido atención integral, con criterios de calidad y buen servicio requeridos por él. Además, aseveró que teniendo en cuenta que el accionante se encuentra como contribuyente la incapacidad de origen común está a cargo de la E.P.S a partir del tercer día de incapacidad.

3.2.6. García Pérez Médica y CIA S.A.S. La Coordinadora SIAU de este centro médico, indicó que la entidad carece de legitimación en la causa, por cuanto dicha entidad no es objeto de órdenes como las indicadas en la acción de tutela, además que no existe de un perjuicio irremediable causado por ella.

3.2.7 Secretaría de Integración Social de la Gobernación de Boyacá, solicitó la desvinculación del presente medio constitucional, dado que la finalidad de dicha entidad es promover el desarrollo humano, para la autorrealización del individuo, la familia y la comunidad, entre otras funciones, por ende, no cuenta con competencia alguna en responsabilidades de EPS o entidades externas.

3.2.8 E.S.E. Hospital Regional Valle de Tenza. Por conducto de su Gerente indicó que frente a su entidad existe Ausencia De Legitimación Material En La Causa Por Pasiva, teniendo en cuenta que esta entidad no ha realizado ninguna conducta por acción u omisión que vulnere los derechos fundamentales a los que hace referencia la parte accionante.

3.2.9 E.P.S Famisanar. Actuando por intermedio del Director de Operaciones, indicó que el accionante se encuentra vinculado desde el 17/03/2022, como cotizante, por traslado de Medimas EPS en liquidación.

Que este usuario cuenta con 220 días de incapacidad del 31/03/2022 al 24/12/2022, por lo que presenta incapacidad continua del 31/03/2022 al 08/10/2022 por un total de 190 días;

Que viene con incapacidad continua de la EPS MEDIMÁS desde el 17/03/2022, por lo cual, requiere les allegue certificado de las incapacidades de su EPS anterior, además el certificado de pagos por AFP si aplica, y PCL en caso de haber sido ya emitida, por cuanto desconoce qué proceso adelantó con Medimas Eps, y el origen de las incapacidades.

3.2.10. Seguros Bolívar ARP. El representante legal solicitó declarar improcedente la acción de tutela, dado que no han incurrido en ninguna violación de derecho fundamental consagrado en la Constitución Política. Con ese objetivo manifestó que el gestor constitucional se halla afiliado a dicha ARL desde el 10 de abril de 2019 hasta la fecha sin novedad de retiro, y que no existe reporte de su

empleador de accidente de trabajo o enfermedad laboral, que haya conllevado a que se emitan a su favor incapacidades por médicos de la ARL.

Resaltó, de otro lado, que ellos fueron notificados de un dictamen de pérdida de capacidad laboral de origen enfermedad común, por eso no cuenta con reporte de un dictamen de enfermedad de origen laboral en que se haya visto afectado el accionante. Agregando que la única orden médica que obra como prueba fue emitida por la EPS a la que se halla afiliado el peticionario.

De otro lado indicó que las incapacidades deben ser tramitadas por la EPS FAMISANAR y Fondo de Pensiones, teniendo en cuenta que tiene reconocidas por parte de su EPS FAMISANAR patologías de origen común como COXARTROSIS DERECHA - HIPERTENSIÓN ARTERIAL - INFECCIÓN DE VÍAS URINARIAS y le fue realizado por dicha EPS cirugía de reemplazo total cadera derecha, además que, tales patologías ya fueron calificadas por el Fondo de Pensiones.

Por ultimo manifestó al Despacho que de acuerdo con las pruebas aportadas por el accionante se encuentran certificados de incapacidad, emitidos por la EPS FAMISANAR por el diagnóstico COXARTROSIS NO ESPECIFICADA, enfermedad que está calificada de ORIGEN COMÚN.

3.2.11. Medimás EPS en Liquidación. A través de apoderado informó que el señor RICARDO CURREA DUQUE se encuentra retirado desde el 16/03/2022 en virtud de la resolución No. 20223200000864 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud mediante la cual se ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar MEDIMAS EPS S.A.S identificada con NIT. 901.097.473-5, y que en lo que tiene que ver con el pago por concepto de incapacidades estas son posteriores al 16/03/2022 fecha en la cual se presentó la toma forzosa de Medimas EPS con fines de liquidación.

Que de acuerdo con las últimas incapacidades generadas al usuario en vigencia de su afiliación con Medimás EPS estas superaban el acumulado de los 180 días, razón por la cual le corresponde a la AFP PORVENIR realizar el pago de estas prestaciones en virtud del concepto de rehabilitación que fue expedido y notificado por MEDIMAS EPS.

Indicó que es de conocimiento, que las empresas promotoras de Salud están obligadas a reconocer hasta 180 días de incapacidad consecutivos por una misma enfermedad; a partir del día 181, este reconocimiento pasa a ser responsabilidad de los Fondos de Pensiones, al igual que la remisión a la junta de Calificación, donde se determina el grado de pérdida de Capacidad y si hay lugar a reconocimiento de mesada pensional por invalidez.

3.2.12. Mecánicos Asociados S.A.S. La representante legal pidió se les desvincule del asunto, dado que consideran han cumplido con todas sus obligaciones legales, al paso que considera que las pretensiones no están llamas a prosperar en contra de ellos como empleadores del quejoso, de forma subsidiaria, suplicó que, en caso de proferirse fallo en contra, lo sea de forma transitoria. De otro lado, solicitó de forma especial se vincule a la EPS y al Fondo de Pensiones quienes tienen a cargo la prestación de las obligaciones pedidas.

Con ese fin alegaron que no prestan servicios de salud ni su función está relacionada con ello, dado que es una empresa de mantenimiento mecánico,

por eso que la acción de tutela no está llamada a prosperar, más aún cuando ha realizado todos los pagos y aportes como entidad empleadora.

Invocó, de otro lado, la falta de legitimación en la causa por pasiva, puesto que no hay vínculo ni se cumple con los requisitos para ello; al paso que consideran existe otro medio de defensa judicial, que hace improcedente la queja constitucional, más cuando no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable que deba ser protegido por vía de acción de tutela.

También aseveró que el papel que cumple el subsidio de incapacidad laboral, es generar un ingreso al no percibir más sueldo, por el estado de incapacidad del trabajador, siendo el empleador el responsable del pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días, y la EPS cubre los que se causen desde el tercero y hasta el 180, por eso ellos como empleadores cumplieron con todas las obligaciones y no resulta procedente su vinculación al trámite.

Por último, aclaró que no han procedido a la desvinculación del accionante, como se evidencia de las planillas de aportes al sistema de seguridad social integral, es decir, que mantienen el vínculo laboral vigente con el accionante y hacen los respectivos aportes.

3.2.13. Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Por conducto de su Directora de acciones constitucionales, solicitó al despacho denegar o declarar improcedente la acción de tutela, toda vez la entidad llamada a pronunciarse frente a los servicios de salud y concepto de rehabilitación es la EPS y que de acuerdo con la Ley 1753 del 09 de junio de 2015, por medio de la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2014- 2018, el pago de incapacidades superiores al día 540 no recae en las Administradoras de Fondos de Pensiones, sino a cargo de las Entidades Promotoras de Salud EPS quienes administran los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

3.2.14 Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Por intermedio de su abogada principal solicitó desvincularla, toda vez que no tiene ningún trámite para realizar, por lo que no se ha vulnerado ningún derecho fundamental al accionante.

3.2.15 Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá. El Director Administrativo y financiero de esta Junta pidió absolverlos de todo cargo, por cuanto no se encontró ninguna solicitud de trámite de calificación del peticionario.

La Secretaría de Salud del Departamento de Boyacá, Seguros Alfa, Personería Municipal de Garagoa y María Consuelo Morales Perilla. Pese a que fueron debidamente notificados, guardaron silencio dentro del término otorgado.

4. **COMPETENCIA**

En virtud de lo previsto en los Decretos 2591 de 1991, 1382 de 2000 y 333 del 6 de abril de 2021, este Despacho es competente para conocer de la acción de tutela en primera instancia.

5. **LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA**

a) **Legitimación por activa.** Se acreditó en el expediente que **Ricardo Currea Duque** es la persona que puede verse afectada en su derecho a la salud, y se encuentra afiliado a **Famisanar EPS.**

b) **Legitimación por pasiva.** Se probó igualmente que es la entidad de salud **Famisanar EPS** quien podría resultar infractora de los derechos fundamentales del accionante, entidad que se halla debidamente representada por el Gerente Técnico de Salud, Daniel Enrique Cañon Castañeda, según certificado de existencia y representación que se anexó al trámite, además, que la otras accionadas, **Seguros Bolívar ARP y Mecánicos Asociados S.A.S.**, pueden resultar trasgresoras de los derechos invocados, teniendo en cuenta su calidad de entidad aseguradora de riesgos profesionales, y la última por ser la empresa empleadora.

De otro lado, en cuanto a la **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES**, se tiene que la misma está vinculada como ente encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fosade y Fonsaet, los que financian el aseguramiento en salud, los copagos de prestaciones no incluidas en el PBS del régimen contributivo y los recursos que recauda por gestiones de la UGPP.

De igual manera, se hacía necesaria la vinculación de **Secretaría De Salud del Departamento de Boyacá**, **Superintendencia Nacional de Salud, Ministerio de Salud y Protección Social, Medimás en Liquidación, E.S.E Hospital San Rafael de Tunja, E.S.E Hospital Regional Valle de Tenza, García Pérez Médica y CIA S.A.S., Seguros de Vida Alfa, Personería Municipal de Garagoa, Secretaría de Integración Social de La Gobernación de Boyacá, Fundación Liga Central Contra La Epilepsia, María Consuelo Morales Perilla, Junta Regional de Calificación de Invalidez, Junta Nacional de Calificación de Invalidez y Fondo de Pensiones Porvenir S. A.**

6. DECISIONES PARCIALES SOBRE VALIDEZ Y EFICACIA DEL PROCESO.

a) Decisión parcial sobre validez del proceso. El procedimiento se ha rituado por lo establecido en el Decreto 2591 de 1991 y no se observa causal de nulidad que pueda generar invalidación de lo actuado.

b) Decisión parcial sobre eficacia del proceso. Se dan los presupuestos procesales para emitir la sentencia de fondo que corresponde.

7. TESIS DEL DESPACHO

En relación con el problema jurídico planteado en la presente sentencia, el Despacho sostendrá que la acción de tutela si es procedente cuando se afecta el derecho fundamental a la Seguridad Social en Salud de los usuarios a quienes de forma injustificada no se les realizan el pago de las incapacidades médicas ordenadas por su médico tratante.

Por otra parte se sostendrá que FAMISANAR EPS no puede ser obligado a pagar incapacidades que quedaron pendiente por parte de la anterior EPS a la cual se halla afiliado el tutelante.

Para resolver se efectúan las siguientes

8. **CONSIDERACIONES**

8.1. **Marco normativo**

Con el objeto de asegurar la protección inmediata de los derechos fundamentales, el artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como mecanismo procesal mediante el cual las personas pueden exigir el respeto de sus derechos constitucionales fundamentales, tanto al Estado como a particulares, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión y, condicionado, en todo caso, a la no disponibilidad de otros medios judiciales de defensa, salvo frente al perjuicio irremediable, donde opera de manera transitoria.

En Desarrollo de las directrices impartidas por el Decreto 2591 de 1991, la Honorable Corte Constitucional ha desarrollado una serie de criterios que sirven para identificar los derechos que son susceptibles de ser amparados por vía de tutela, dentro de los cuales se halla el criterio de los derechos fundamentales por definición jurisprudencial de esa alta corporación, siendo uno de esos derechos el aquí involucrado, es decir, el derecho fundamental a la salud.

8.1.1. El derecho fundamental a la salud y su protección por vía de tutela.

A partir de la sentencia T-760 de 31 de Julio de 2008 de la Corte Constitucional[1], se unificaron los criterios y aspectos determinantes para la procedencia de la acción de tutela, con el fin de proteger el derecho fundamental a la salud, y en ella se estableció, que a partir de dicha determinación este derecho, es un derecho constitucional fundamental autónomo, no solamente por guardar estrecha relación con los derechos a la vida, integridad personal y dignidad humana, sino porque en muchas oportunidades la parte actora tiene la calidad de ser sujeto de especial protección, amén de que la salud es un servicio público amparado por la Carta Política, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, y que su consagración como derecho autónomo es acorde con el desarrollo o evolución de su protección en el ámbito internacional.

En el fallo referido la Corte Constitucional señaló:

> ***"3. El derecho a la salud como derecho fundamental***
> *El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna. A continuación, pasa la Corte a delimitar y caracterizar el derecho a la salud, en los*

[1] Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 31 de julio de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

términos en que ha sido consignado por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la Ley y la jurisprudencia."

No obstante, la fundamentalidad de un derecho no implica, que necesariamente todos los aspectos cobijados por éste deban ser tutelables, porque los derechos constitucionales no son absolutos, dado que pueden limitarse conforme a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas y la aptitud de hacerlo mediante esta acción, son asuntos diferentes y separables.

Se debe resaltar que la salud es un derecho complejo, en el que se hallan comprometidos recursos materiales e institucionales que, de suyo, ameritan una política pública, planes, cronogramas y el diseño de estrategias en las que deban participar los interesados, con el propósito de conferir primacía a los principios de equidad, solidaridad, subsidiariedad y eficiencia que corresponden al Estado y a los particulares que obran en su nombre.

También ha señalado la jurisprudencia que la vida no se limita a la posibilidad de una mera existencia física y que la afectación de ese derecho fundamental no puede ser entendida únicamente cuando la persona está al borde de la muerte. De manera que el amparo tiene lugar no sólo cuando quien busca la protección está a punto de morir o de sufrir una pérdida funcional significativa, sino que el concepto es más amplio, incluye la realización humana en todas sus manifestaciones enmarcada en el principio de dignidad, hasta el punto de garantizar una existencia en condiciones dignas.

En ese orden, la acción de tutela está llamada a prosperar no sólo ante circunstancias graves que puedan comprometer la existencia biológica de una persona, sino frente a eventos que, no obstante ser de menor gravedad, perturben el núcleo esencial del derecho a la vida y tengan la posibilidad de desvirtuar claramente la vida y la calidad de la misma en las personas, según cada caso específico.

9. **EL CASO EN CONCRETO**

Se desprende del escrito introductorio que el señor Ricardo Currea Duque instauró acción de tutela, para que se ordene a la EPS Famisanar, Seguros Bolívar ARP y Mecánicos Asociados S.A.S., el pago de sus incapacidades desde enero de 2022.

En esta oportunidad se tiene que el accionante se encuentra afiliado y viene siendo atendido por parte de Famisanar EPS, como cotizante por traslado administrativo de Medimas EPS en liquidación desde el **17 de marzo de 2022** con cargo al régimen contributivo, razón por la cual debe recibir el servicio de seguridad social, protección y la atención requerida para conservar su salud, de conformidad con lo establecido en la ley 100 de 1993 en el literal c del artículo 156 que establece "todos los afiliados al sistema general de seguridad social recibirán un plan integral de protección, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el plan obligatorio de salud" y que presenta **incapacidad continua desde cuando se encontraba afiliado a la EPS MEDIMÁS bajo el diagnostico COXARTROSIS NO ESPECIFICADA, por lo que dicha E.P.S.,** que le venía pagando las incapacidades médicas hasta el mes de diciembre de 2021 y posteriormente fue remitido a FAMISANAR E.P.S, por la liquidación de MEDIMÁS, luego si existe un diagnóstico y orden de incapacidad por parte del médico tratante, es deber de la **EPS autorizar y**

garantizar la continuidad del pago de las incapacidades generadas durante y posterior al traslado del paciente, sin trabas administrativas.

De igual manera, el Despacho no puede perder de vista que el médico lleva inherente la obligación de velar por la preservación de la salud del ser humano, por sobre cualquier otro interés ya sea de índole económico o social, por tal razón, se observa que las incapacidades médicas dispuestas a favor del paciente, son de vital importancia para mantener su salud, bienestar y mitigar sus padecimientos, y con la demora en el pago de las mismas, se le vulneren sus derechos fundamentales invocados, razón por la cual este Juzgado considera necesario que la EPS encartada, materialice la orden del pago de las incapacidades médicas pedidas ahora por vía de tutela, y que fueron prescritas por su médico tratante, y que normal y continuamente venían siendo pagadas por la EPS MEDIMAS, razón por la que en aras de no afectar la continuidad en la prestación del servicio de salud y seguridad social del afectado no debe paralizarse sin justificación alguna por trámites administrativos que recaen en cabeza de la E.P.S.

Preciso señalar que no es cierto como lo afirma FAMISANAR EPS que "***desconoce qué proceso adelantó con Medimas EPS, y el origen de las incapacidades***" pues del material probatorio arrimado es evidente que en el mes de **mayo de 2022** (F. 23 – 24) el accionante radicó ante dicha entidad derecho de petición, mediante el que puso en conocimiento la situación que actualmente lo aqueja, sin que se evidencie en la respuesta otorgada por esta empresa que la misma le fue resuelta y que hasta en este momento y en sede de tutela se le requiera para que allegue documentación con el fin de verificar trámites que por razón de sus funciones las E.P.S, deben manejar y que si no fuera así desde hace aproximadamente un año se debió haber solicitado con el fin de emitir una respuesta clara y oportuna a lo solicitado por el actor.

Recordemos que el accionante manifiesta que FAMISANAR EPS siempre en respuesta a los requerimientos le ha contestado con evasivas y que así lleva más de un año (F.4 hecho primero).

Ahora bien, se tiene por cierto, en primer lugar, que el accionante RICARDO CURREA DUQUE lleva incapacitado más de tres años a causa del diagnostico COXARTROSIS NO ESPECIFICADA y que se trata de una **enfermedad común,** así se puede verificar con el certificado de incapacidades que MEDIMAS EN LIQUIDACION remitió como pruebas en esta acción, en donde sin dubitación alguna se evidencia que el tutelante ha estado en incapacidad desde el día 30 de octubre de 2019, incapacidad otorgada de forma continua hasta el día 16 de marzo de 2022 cuando el usuario fue migrado a FAMISANAR EPS, entidad esta última que igualmente desde aquella calenda (17 marzo de 2022) le ha venido otorgando incapacidad.

En segundo lugar, se tiene que de las incapacidades allí referenciadas, por MEDIMAS EPS fueron canceladas del 30 de octubre de 2019 al 16 de mayo de 2020, y del 1 de octubre de 2020 al mes de octubre de 2021; por la AFP FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. se acreditó el pago desde el día 181 hasta el día 540 de incapacidad, así se refleja en la respuesta emitida frente a esta acción constitucional.

En tercer lugar se tiene que de acuerdo con el dictamen No. 3790319 por medio del cual se califica la pérdida de capacidad laboral del accionante por la empresa **SEGUROS ALFA (F 263 - 265),** documento allegado por la empresa

Porvenir, el paciente fue calificado con **una pérdida de capacidad laboral en un porcentaje de 28.28% ,** fecha de estructuración 05 de octubre de 2022 **origen común,** por lo que debido a que dicho porcentaje de calificación es inferior al cincuenta por ciento (50 %) y se trata de una enfermedad común, con tiempo de incapacidad superior a los 540 días, dicho pago de incapacidad se encuentra en cabeza de las entidades promotoras de salud, tal y como lo dispone el art. 67 de la Ley 1753 de 2015 y lo indicado por los precedentes de la Corte Constitucional.

Al respecto esta corporación en Sentencia T – 265 del 21 de julio de 2022, MP. CRISTINA PARDO SCHLESINGER, señaló lo siguiente:

> "Finalmente, en el escenario de aquellas personas que i) contaban con un concepto favorable de rehabilitación, ii) calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50% y iii) continuaban con incapacidades superiores a los 540 días, la jurisprudencia constitucional había considerado un déficit de protección previo a la promulgación de la Ley 1753 de 2015.
>
> En este sentido, en sentencia T-468 de 2010, esta corporación había reconocido la existencia de múltiples eventos en los que una afectación a la salud de los trabajadores llevaba a las EPS a certificar incapacidades superiores al tiempo estipulado en el Sistema Integral de Seguridad Social, ya que las limitaciones físicas no permitían determinar una pérdida de capacidad laboral mayor al 50%, pero la imposibilidad de retomar las actividades laborales continuaba. Por tanto, el trabajador quedaba en un estado de desamparo y desprotección sin los medios necesarios para subsistir por no contar con una garantía de pago de incapacidades superiores a los 540 días ni poder acceder a una pensión de invalidez.
>
> Ahora bien, la expedición de la Ley 1753 de 2015 supuso una solución al déficit de protección antes referido. Así, el artículo 67 de dicha normatividad dispuso que 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***." (mayúscula y Subrayado del Juzgado)
>
> Con todo, la Corte Constitucional ha sido reiterativa en considerar que, a partir de la vigencia del artículo 67 de Ley 1753 de 2015, "*en todos los casos en que se solicite el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad superior a* ***540*** *días, el juez constitucional y las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social están en la obligación de cumplir con lo dispuesto en dicho precepto legal, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales del afiliado*"
>
> Un ejemplo de lo anterior es la sentencia T-144 de 2016 en la que esta corporación conoció el caso de una persona que sufrió un accidente de tránsito y las lesiones sufridas ocasionaron la emisión de incapacidades superiores a los 540 días, pero su dictamen de pérdida de capacidad laboral no superaba el 50%. En dicha oportunidad, la Sala Quinta de Revisión concluyó que la obligación de reconocer y pagar las incapacidades posteriores al día 540 estaba a cargo de las EPS, en virtud de la Ley 1753 de 2015. Ello, tras considerar que el caso se trataba de una persona que "*no goza de una pensión de invalidez, (...) está incapacitada medicamente para trabajar, pero no es beneficiaria de ninguna fuente de auxilio dinerario para subsistir dignamente. Ello evidentemente indica que se encuentra en situación de debilidad manifiesta, lo que vulnera su derecho al mínimo vital y se amenazan otros derechos fundamentales, tales como la vida digna y la salud*"
>
> En dicha sentencia la Corte definió tres reglas necesarias para la aplicación del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 en casos similares al estudiado en esa ocasión. En tal sentido señaló lo siguiente:
>
> "*(i) existe la necesidad de garantizar una protección laboral reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral y tienen incapacidades prolongadas* ***pero su porcentaje de disminución ocupacional no supera el 50%;*** *(subrayado y negrita del juzgado)*

(ii) El deber legal impuesto a las EPS respecto de las incapacidades posteriores al día 540 es obligatorio para todas las autoridades y entidades del SGSSS. Sin embargo, cabe anotar que las entidades promotoras pueden perseguir lo pagado ante la entidad administradora del Sistema; y,

(iii) La referida norma legal puede aplicarse de manera retroactiva, en virtud del principio de igualdad".

Por tanto, se encuentra una evidente vulneración de los derechos fundamentales del accionante RICARDO CURREA DUQUE por parte de su EPS, a causa del no pago de las incapacidades, quien sin bien se pronunció sobre los hechos objeto de tutela no brindó una solución definitiva a la problemática del gestor constitucional, desconociendo que se trata de una persona de especial protección constitucional, en razón a sus padecimientos y edad; por lo que la falta de realización de los mismos, lo deja en el limbo y totalmente desprotegido.

Indiscutible resulta, para este Despacho, que al afectado, a pesar de habérsele ordenado las incapacidades médicas por su patología, a la fecha no se le han pagado las mismas, siendo **obligación** de la EPS accionada (FAMISANAR) a partir de la fecha de afiliación, esto es el 17 de marzo de 2023, máxime cuando el usuario requiere con urgencia el pago, los pacientes tienen unos derechos y se les deben respetar por encima de trámites burocráticos y administrativos que van en desmedro del buen servicio que deben ofrecer los particulares que suplen al Estado en la prestación del servicio de salud.

Frente a los períodos que reclama el tutelante del 1 de enero al 16 de marzo de 2022 considera este Despacho no puede obligarse a FAMISANAR EPS a asumir dicha erogación, como quiera que el actor no era su afiliado, por ende, esos periodos corresponde asumirlos a MEDIMAS EPS EN LIQUIDACION, empresa a la cual se hallaba vinculado por aquellas épocas el demandante, y no puede aceptarse como lo adujo MEDIMAS que estos periodos le corresponde cancelarlos a PORVENIR S.A. por superar el tiempo acumulado de 180 días, dado que ese período (181 – 540 días) como se demostró en esta acción constitucional ya fue cubierto de dicha AFP.

En conclusión, se accederá a las pretensiones impetradas por el accionante, toda vez que para este Despacho está claro que la entidad promotora de salud accionada FAMISANAR EPS, tiene la obligación de pagar las incapacidades médicas al tutelante generadas desde el 17 de marzo de 2022 a la fecha, de acuerdo a lo ordenado por su por su médico tratante; en consecuencia, se **ordenará** a **FAMISANAR E.P.S** EPS que en el término de **cuarenta y ocho (48) horas**, contadas a partir de la notificación de esta providencia, sin excusa de trámites administrativos, proceda a **pagar** y garantizar las incapacidades médicas adeudadas.

Igualmente se dispondrá que MEDIMAS EPS EN LIQUIDACION sea quien asuma el pago de la incapacidades generadas del 1 de enero a 16 de marzo de 2022 acorde con lo señalado en precedencia, incapacidades que deberán cubrirse atendiendo la prelación del pago de las acreencias.

De otro lado, aunque desde el inicio del trámite constitucional el promotor del amparo suplicó el amparo igualmente a favor de su hijastra Paula Camila Peña Morales, razón por la cual el Despacho dispuso la vinculación de su progenitora María Consuelo Morales Perilla, es lo cierto que el expediente esta desprovisto de prueba alguna que acredite que, ante los padecimientos que señala el

quejoso, a esta se le esté vulnerando algún derecho fundamental, ante la falta de materialización de incapacidad médica dispuesto a su favor, pero, además, tampoco se hizo una petición a favor de esta.

Igualmente, se **conminará** a la entidad Famisanar EPS, para que en lo sucesivo se abstenga de negar o demorar el pago de las incapacidades médicas y propendan por garantizar el servicio a los usuarios, vigilando la oportuna y eficaz prestación del servicio.

Frente a Seguros Bolívar ARP, Mecánicos Asociados S.A.S., Administradora de los Recursos del Sistema General del Sistema de Seguridad Social en Salud – ADRES, **Secretaría De Salud Del Departamento De Boyacá, Superintendencia Nacional De Salud, Ministerio De Salud Y Protección Social, Hospital San Rafael De Tunja, E.S.E Hospital Regional Valle De Tenza, García Pérez Médica y CIA S.A.S., Seguros De Vida Alfa, Personería Municipal De Garagoa, Secretaría De Integración Social De La Gobernación De Boyacá, Fundación Liga Central contra La Epilepsia, María Consuelo Morales Perilla, Junta Regional De Calificación De Invalidez, Junta Nacional De Calificación De Invalidez y Fondo De Pensiones Porvenir S. A.** se considera que no son agentes vulneradores de los derechos fundamentales de la parte actora y, en consecuencia, se ordenará su exclusión del presente trámite constitucional.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Garagoa, Boyacá, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución y la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Tutelar los derechos fundamentales a la salud, seguridad social, dignidad humana y vida, invocados por RICARDO CURREA DUQUE, en contra de FAMISANAR EPS, representada por el señor Daniel Enrique Cañon Castañeda, en condición de Gerente Técnico de Salud y MEDIMAS EPS EN LIQUIDACION, representada por FARUK URRUTIA JALILIE, en su condición de Agente Especial de la Liquidación, por las razones indicadas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Ordenar a FAMISANAR E.P.S., representada por su Gerente Técnico de Salud, Daniel Enrique Cañon Castañeda, o quien hagan sus veces, que en un término máximo de **cuarenta y ocho (48) horas** proceda, sin excusas de trámites administrativos, a **pagar** a favor del accionante RICARDO CURREA DUQUE, las incapacidades médicas ordenadas por su médico tratante desde el día 17 de marzo de 2022 a la fecha.

Parágrafo. Estos términos se contabilizan a partir del acto de notificación de la presente determinación.

TERCERO: Ordenar a MEDIMAS E.P.S. EN LIQUIDACION, representada por su Agente Especial Liquidador FARUK URRUTIA JALILIE, o quien hagan sus veces, que proceda a pagar la incapacidad generada del 1 de enero al 16 de marzo de 2022 a favor del accionante RICARDO CURREA DUQUE atendiendo en todo caso la prelación de pagos a los acreedores de la liquidación.

CUARTO: Prevéngase a FAMISANAR E.P.S, para que en lo sucesivo se abstenga de negar o demorar el pago de incapacidades médicas y propenda por garantizar el servicio a los usuarios, vigilando el oportuno y eficaz pago de las mismas.

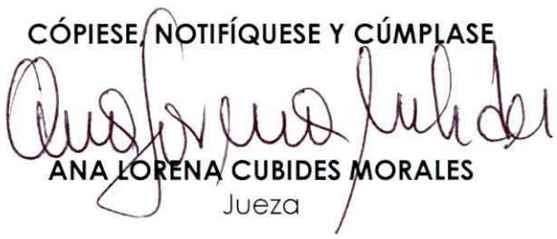
QUINTO: Declarar que Seguros Bolívar ARP, Mecánicos Asociados S.A.S., Administradora de los Recursos del Sistema General del Sistema de Seguridad Social en Salud – ADRES, **Secretaría De Salud Del Departamento De Boyacá, Superintendencia Nacional De Salud, Ministerio De Salud Y Protección Social, E.S.E Hospital San Rafael De Tunja, E.S.E Hospital Regional Valle De Tenza, García Pérez Médica y CIA S.A.S., Seguros De Vida Alfa, Personería Municipal De Garagoa, Secretaría De Integración Social De La Gobernación De Boyacá, Fundación Liga Central contra La Epilepsia, María Consuelo Morales Perilla, Junta Regional De Calificación De Invalidez, Junta Nacional De Calificación De Invalidez y Fondo De Pensiones Porvenir S. A.** no son agentes vulneradores de los derechos fundamentales de la parte actora.

SEXTO: Notifíquese a las partes lo aquí decidido, conforme lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEPTIMO: En caso de no ser impugnada la presente providencia en el término de ley, **remítase** el expediente de forma electrónica a la Corte Constitucional, para su eventual revisión, dando cumplimiento al acuerdo PCSJA20-11594 del Consejo Superior de la Judicatura.

Una vez regrese el expediente de la Corte Constitucional archívese dejando las constancias de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ANA LORENA CUBIDES MORALES
Jueza