REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS

Bogotá D.C., **16 de noviembre de 2022**

ACCIÓN DE TUTELA

Radicación:	No. 2022-166
Accionante:	Juan Carlos Vergara Álvarez
Accionado:	SaludTotal EPS y AFP Protección SA
Decisión:	No tutelar

ASUNTO

Resolver la acción de tutela instaurada por **Juan Carlos Vergara Álvarez**, quien actúa a través de agente oficioso, en contra de **SaludTotal EPS** y la **AFP Protección SA** por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, mínimo vital, vida digna y al trabajo, consagrados en la Constitución Política.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Se interpone acción de tutela indicando los siguientes hechos:

1. El señor **Juan Carlos Vergara Álvarez**, es una persona de 48 años, quien trabaja en la empresa **Bogotana de Limpieza**, se desempeña como operario de aseo general y actualmente vive solo en esta ciudad, refiere que fue diagnosticado con la enfermedad de *"acv multiinfarto*" es decir, que presentó lesiones en su cerebro debido a la falta de oxígeno, lo cual le causó desorientación, epilepsia estructural y demencia vascular.
2. Debido a la patología que padece se ha visto desorientado, con depresión e intento de suicidio, tiene alteraciones del patrón del sueño y dromomanía que significa inclinación excesiva u obsesión patológica por trasladarse de un lugar a otro.
3. Al agenciado se le han otorgado incapacidades por más de 120 días y cuenta con un dictamen de recuperación desfavorable, sin embargo, refiere que la atención medica no ha sido la apropiada pues, se le han ordenado citas de control médico, pero no le continuaron otorgando incapacidad médica, motivo por el cual ha tenido que dirigirse a su lugar de trabajo, con lo cual se ha generado incertidumbre, pues no es claro si el señor **Vergara Álvarez** se encuentra en condiciones para trabajar.
4. En reiteradas ocasiones el agenciado ha presentado episodios de depresión e intentos de suicidio, por lo que la empresa para la cual trabaja, ha decidido

continuar pagándole su salario, sin la prestación personal del servicio, ya que éste representa un riesgo para sí mismo y para sus compañeros.

5. Teniendo en cuenta lo anterior, el señor **Juan Carlos Vergara Álvarez** no se encuentra al cuidado de ninguna persona, razón por la cual deambula por las calles y su familia ha tenido que recurrir a las autoridades de Policía para encontrarlo, debido a esto la familia del señor **Juan Vergara** se quiere llevar al agenciado para el Municipio de Calamar, Departamento del Bolívar, sin embargo, no lo han hecho por temor a que este pierda su trabajo y se quede sin un mínimo vital y la protección de su salud.

PRETENSIONES

El agenciado **Juan Carlos Vergara Álvarez**, peticiona le sean amparados los derechos fundamentales a la salud, mínimo vital, vida digna y al trabajo consagrados en la Constitución Política. En consecuencia se ordene a **SaludTotal EPS**:

1. Calificar la pérdida de capacidad laboral para iniciar solicitud de reconocimiento de pensión de invalidez.
2. Que se permita el traslado de la **EPS SaludTotal** en Bogotá para una IPS del Municipio de **Calamar en el Departamento de Bolívar** y se le otorgue un programa medico domiciliario que incluya el tratamiento psiquiátrico que requiere.
3. Ordenar que mientras se realiza la calificación de pérdida de capacidad laboral se otorgue incapacidad al actor en aras de garantizar su estabilidad laboral y mínimo vital que le permita atender esta contingencia.

RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

SaludTotal EPS

El Representante Legal de la **EPS** cuestión informa al Despacho que, no ha vulnerado derecho fundamental alguno del actor, por cuanto se han brindado todos los servicios de salud prescritos al actor, y que de acuerdo a información suministrada por el equipo médico interdisciplinario de la **EPS** informó que fue valorado por el neurocirujano IPS VS del 08 de septiembre de 2022 quien informa que persisten fallas cognitivas, no ha presentado nueva crisis desde hace 2 meses, se mantiene manejo médico se ordenan exámenes y se cita para control en tres meses.

Se le programaron citas médicas así:

- VALORACIÓN POR ORTOPEDIA 21 DE NOVIEMBRE DE 2022, 10+00 AM, IPS VS UMEQ CALLE 100, DR NELSON GRANADOS
- VALORACIÓN NEUROLOGÍA SE DEBE AGENDAR CON RESULTADO DE LOS ESTUDIOS DIAGNOSTICO LO CUAL SE DEMORA OCHO DÍAS POSTERIOR A LA REALIZACIÓN
- PROGRAMACIÓN ELECTROENCEFALOGRAMA 10 DE NOVIEMBRE DE 2022, 12+30 PM, IPS IDIME SEDE AMERICAS
- PROGRAMACIÓN RESONANCIA MAGNÉTICA DE CEREBRO 19 DE NOVIEMBRE DE 2022, 6+40 AM, IPS IDIME calle 76 13-46

PROGRAMACIÓN PSIQUIATRÍA Dr(A) ARIZA CARPIO VIVIANA, para el 9 de Noviembre de 2022, a las 3:40PM. VS OCCIDENTE, ubicada en AK 72 BOYACA 6 D 0

Frente al tratamiento integral indican que, este es improcedente y se ha garantizado y autorizado el suministro de todos aquellos servicios asistenciales solicitados por profesionales médicos adscritos a su red prestadora según las necesidades del paciente, razón por la cual este tipo de solicitudes es infundada y por lo tanto no puede predicarse de forma reiterada y o sistemática la omisión para la prestación de los servicios que le corresponde como aseguradora. Traen a colación la normatividad que rige el sistema de salud y solicita que se denieguen las pretensiones elevadas por el agenciado, por constituir la acción un hecho superado y el tratamiento integral. Finalmente, se remita copia del fallo de tutela acompañado de la firma del Juez.

AFP Protección SA.

Informa al Despacho que esta acción de tutela debe declararse improcedente, toda vez que no se cumple el requisito de subsidiariedad por cuanto no se han agotado todos los medios y mecanismos de defensa judicial con los que cuenta el agenciado para el cumplimiento de los derechos fundamentales, que se puedan ver conculcados pues si bien, fue emitido por su **EPS SaludTotal** concepto de rehabilitación desfavorable frente a las patologías que presenta, con fecha **6 de septiembre de 2022,** la parte accionante no ha radicado ninguna solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral; por lo tanto, el señor **Álvarez** deberá elevar solicitud formal ante la **AFP Protección** para iniciar el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral y de esta forma determinar si se genera el pago de alguna de las prestaciones económicas consagradas por el régimen de ahorro individual para los casos de invalidez.

Refiere que no existe legitimación en la causa por pasiva en contra de su representada, por cuanto la presunta vulneración de derechos fundamentales recae sobre la **EPS Salud total** en cuanto al cambio de **IPS** al Departamento de Bolívar y frente a la expedición de incapacidades médicas, razón por la cual la presente acción debe ser denegada frente a su representada por no cumplir con los requisitos de procedibilidad y por configurarse carencia actual de objeto ya que el accionante no ha radicado solicitud formal de calificación ante la **AFP** accionada.

Bogotana de Limpieza

El Coordinador del recurso humano de la empresa vinculada informa al Despacho que, el señor **Juan Carlos Vergara Álvarez,** se encuentra vinculado a la empresa desde el **15 de enero de 2013** ocupando el cargo de aseador, en la actualidad se encuentra activo con una incapacidad medica de 120 días al 30 de septiembre de

2022, en la actualidad no se ha reportado la incapacidad de octubre de 2022, no obstante el señor **Vergara** se encuentra activo en el pago de primas, cesantías consignadas al fondo, intereses de cesantías y vacaciones y se han pagado salarios hasta completar los 180 días de incapacidad, del 181 en adelante será decisión de las entidades responsables, de acuerdo con lo estipulado por la Ley, aunado a esto se continúan pagando aportes a salud, pensiones, ARL y caja de compensación, hasta que se defina su situación.

IPS Clínica los Nogales

La Directora General de la IPS vinculada informa al Despacho que, frente al caso concreto ha brindado todos los servicios de salud que ha requerido el actor, no se han vulnerado derechos fundamentales de éste, es la **EPS** a la cual se encuentra afiliado el señor **Vergara Álvarez** la encargada de autorizar y garantizar la prestación de los servicios de salud que sean ordenados al accionante, por lo antes expuesto, solicita su desvinculación de la presente acción de tutela por no vulnerar derechos fundamentales del agenciado, pues la IPS ha garantizado la prestación de servicios médicos que ha requerido el actor para el manejo de sus patologías.

Considera que se configura falta de legitimación en la causa por pasiva, carencia actual de objeto por hecho superado respecto de la programación de servicios que fueron remitidos para su unidad de salud y solicita que se ordene su desvinculación de esta acción de tutela.

IPS Clínica Retornar SA

El representante legal de la IPS Vinculada informa que la clínica que representa ha prestado todos los servicios de salud al accionante tal como se da cuenta de las pruebas aportada, realizando el respectivo diagnostico por parte del médico tratante y la debida prescripción médica junto con la incapacidad y demás ítems especificados en la historia clínica, frente a las pretensiones de la acción de tutela la entidad que representa no tiene ningún tipo de injerencia, dado que, lo que se pretende es un tema eminentemente laboral.

Hospital Universitario de San José

El representante legal de la IPS vinculada se refiere al caso concreto, indicando que el señor **Juan Carlos Vergara** estuvo hospitalizado entre el 19 y 24 de septiembre de 2022 con diagnósticos de emergencia hipertensiva con órgano blanco cerebro, sospecha de crisis convulsiva, cardiopatía vulvar, antecedente de reemplazo de válvula aortica mecánica, bloqueo auriculoventricular de primer grado, lesión renal aguda e hipertensión arterial crónica, cuando se dio de alta médica se ordenó tratamiento, exámenes, medicamentos, exámenes de control, valoración por neurología y medicina interna para que fueran autorizadas por la EPS y ejecutada por su red de prestadores, no se registra que se hubiese expedido incapacidad médica, en la institución no se ha remitido para valoración por medicina laboral, ni al programa de atención medico domiciliario, por lo que no hay pronunciamiento al respecto.

Por todo lo anterior, considera que, la institución a la que representa no ha vulnerado ningún derecho fundamental del actor, pues siempre ha sido atendido sin

cuestionamientos ni obstáculos y solicita su desvinculación del presente amparo constitucional.

Ministerio del Trabajo y Protección Social

La asesora jurídica del Ministerio vinculado informa al Despacho que, no está legitimado en la causa por pasiva, por cuanto éste no es el empleador de la actora, tampoco existe ni existió un vínculo de carácter laboral por medio de la cual se haya vulnerado algún derecho fundamental del actor, por lo que el Ministerio no es el llamado a rendir el informe solicitado y debe ser desvinculado de este amparo constitucional.

En lo que respecta al caso concreto informa que la calificación de pérdida de capacidad laboral, una vez emitida la calificación el actor cuenta con la posibilidad de manifestar su inconformidad dentro de los 10 días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, dentro de los 5 días siguientes, cuta decisión es apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de 5 días, en caso de no estar de acuerdo puede dirigirse ante la jurisdicción laboral, adicionalmente trae a colación la normatividad que regula la materia frente a la calificación de pérdida de capacidad laboral, exponiendo la existencia de otros mecanismos de defensa judicial.

Con todo lo expuesto, solicita que se declare la improcedencia de esta acción de tutela con relación al Ministerio del Trabajo y en consecuencia exonerarlo de responsabilidad alguna que se le endilgue pues no ha puesto en peligro ningún derecho fundamental del actor.

PRUEBAS

Con el escrito de tutela, **la parte accionante** aportó copia de su historia clínica, certificado de registro de personas desaparecidas concepto de rehabilitación desfavorable emitido por la **EPS SaludTotal.**

Por su parte, la accionada **SaludTotal EPS,** allegó el certificado de existencia y representación, **AFP Protección** allegó dictamen de rehabilitación desfavorable con fecha de recibido del **6 de septiembre de 2022.,** la **IPS Clínica Los nogales,** La **IPS Hospital Universitario de San José, IPS Clínica Retornar SA, Bogotana de Limpieza y el Ministerio del Trabajo,** aportaron el certificado de existencia y representación legal.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Competencia

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con los Decretos 2591 de 1991 y Decreto 1983 de 2017 que dispone reglas de reparto, es competente este Despacho para resolver la solicitud de la tutela, por tratarse las accionadas de entidades con las cuales la accionante generó un vínculo, siendo

fuente de la supuesta vulneración a los derechos fundamentales a la salud, mínimo vital, vida digna y al trabajo, consagrados en la Constitución Política.

Frente al factor territorial se tiene que la dirección de ubicación del accionante es Bogotá y en esta misma ciudad tienen ocurrencia los hechos fundamento de la solicitud de amparo.

2. **Del *sub exámine***

El artículo 86 de la Carta Política el que señala que:

> *"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 amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*
>
> *La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.*
>
> *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.*
>
> *En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.*
>
> *La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión."*

Dignidad Humana

La dignidad humana puede ser entendida bajo los siguientes lineamientos, como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características, como ciertas condiciones materiales concretas de existencia, y como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral, lo que evoca a pensar que no solo es un derecho fundamental sino que es un principio fundante del ordenamiento jurídico y que por tanto del Estado debe respetar este merecimiento a toda persona por el hecho de ser tal.

Vida

El derecho a la vida no significa la simple posibilidad de existir, sino que, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna, que implica para el individuo la mayor posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales, de manera que cualquier circunstancia que impida el desarrollo normal de la persona, compromete el derecho. Aunado a lo anterior el derecho a la vida no es un concepto restrictivo, por lo tanto no se limita solamente a la idea reducida de peligro de muerte, sino que es un concepto que se extiende a la posibilidad concreta de

recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, "*cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afecten la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna*"[1].

Salud

Se anota que la Corte Constitucional ha desarrollado el derecho a la salud como la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, haciéndolo un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales[2]; de igual forma el Juzgado anota que el derecho a la salud es una garantía de carácter prestacional, que se convierte en un derecho fundamental y, por tanto, susceptible de protección por vía de tutela.

Ahora bien, para resolver el caso en concreto es necesario precisar que:

La Constitución Política de Colombia consagra el Derecho fundamental a la Salud, como un servicio público a cargo del Estado, garantizando a todas las personas el acceso en cuanto a prevención, protección y atención en salud se refiere; todo ello acorde con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

En consecuencia, el Estado debe procurar que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud que requieran, pues ello asegura una calidad de vida digna, teniendo en cuenta que la salud es el instrumento mediante el cual los seres humanos pueden desarrollarse, pues sin ella, sería imposible ejercer a plenitud los demás derechos fundamentales[3].

El derecho a la salud ha sido objeto de reiterados pronunciamientos, cuando existe conflicto acerca de la forma en que debe asimilarse su protección. Anteriormente, la Corte aplicaba la tesis de conexidad, en donde el derecho de carácter prestacional, que pretende protegerse por vía de tutela, debe tener una inescindible relación con un derecho fundamental, particularmente la vida digna. De otro lado con posterioridad, adoptó la tesis según la cual un derecho es fundamental de manera autónoma cuando el fin es garantizar la salud de sujetos de especial protección como los menores de edad, los desplazados y los adultos mayores. En efecto, estos postulados no necesariamente conllevan a delimitar si el derecho a la salud es de carácter fundamental o no, sino a la manera en que debe lograrse su realización en la práctica. En la sentencia T-760 de 2.008 la Corte Constitucional sistematizó y compiló las reglas jurisprudenciales que esa corporación ha establecido sobre el derecho a la salud; en esta providencia se argumentó, al igual que en reiteradas oportunidades, que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo:

---

[1] Sentencia T-416/01, Expediente T-432703, Magistrado Ponente: Gerardo Monroy Cabra, Bogotá D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil uno (2001).
[2] Sentencia T-001/18, Expediente T-6.265.689, Magistrada Ponente: Cristina Pardo, Bogotá D.C., Quince (15) de enero de dos mil dieciocho (2018).
[3] La Observación General 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales señaló que "la salud es un derecho fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos" (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

> *"Así pues, considerando que "son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo", la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, 'de manera autónoma', cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho. Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela. La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo."*

La jurisprudencia Constitucional ha considerado que los derechos de contenido prestacional, en especial a la seguridad social en salud, se le puede reconocer el carácter de derechos fundamentales cuando:

i) *Se trata de un sujeto de especial protección constitucional,*

ii) *Porque se está en presencia de una situación que evidencia que la vulneración del derecho a la salud implica una amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, como por ejemplo la vida, el trabajo o la dignidad humana entre otros; o*

iii) *Porque se presente el fenómeno jurídico de la transmutación de un derecho prestacional en un derecho subjetivo como consecuencia del desarrollo legislativo o administrativo de los mandatos constitucionales.*[4]

Por otra parte, frente al carácter de fundamental que puede adquirir el derecho a la salud, cuando se encuentra en íntima relación con uno, que por sí solo, es fundamental, la jurisprudencia constitucional ha señalado:

> *"[l]a prestación de los servicios de salud, como componente de la seguridad social, por su naturaleza prestacional, es un derecho y un servicio público de amplia configuración legal, pues corresponde a la ley definir los sistemas de acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo (CP arts 48 y 49). La salud no es entonces, en principio, un derecho fundamental, salvo en el caso de los niños, no obstante lo cual puede adquirir ese carácter en situaciones concretas debidamente analizadas por el juez Constitucional, cuando este derecho se encuentre vinculado clara y directamente con la protección de un derecho indudablemente fundamental. Así, el derecho a la salud se torna fundamental cuando se ubica en conexidad con el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal.*

Con todo, actualmente, la Corte ha optado por dejar atrás la tesis de conexidad y adoptar de manera definitiva el criterio según el cual el derecho a la salud es fundamental de manera autónoma, todo ello por cuanto consideró que en sí mismo,

---

[4] Ver sentencia T-419 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

exigir tal conexidad resultaba "artificioso" ya que todos los derechos de alguna manera tienen un carácter prestacional, queriendo decir con ello que existe una estrecha relación entre *"un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental"*[5]

Además de reconocer que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo, el cual puede protegerse a través del recurso de amparo, esta Corporación también consideró necesario determinar que en ciertos casos la tutela es el mecanismo apropiado para garantizar este derecho cuando quien la solicita es un sujeto de especial protección. Al respecto la jurisprudencia constitucional puntualizó lo siguiente:

> *"Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las solicitudes de inaplicación de las normas legales o reglamentarias que rigen el sistema de salud únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho."*

La salud es un concepto que guarda íntima relación con el bienestar del ser humano y que dentro del marco del Estado social, al convertirse en derecho, se constituye en un postulado fundamental del bienestar ciudadano al que se propende en el nuevo orden social justo, a fin de garantizar un mínimo de dignidad a las personas. En este sentido se ha indicado que el derecho a la salud comprende la 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.

Por su parte, la vida humana, en los términos de la protección constitucional de su preservación, no consiste solamente en la supervivencia biológica sino que, tratándose justamente de la que corresponde al ser humano, requiere desenvolverse dentro de unas condiciones mínimas de dignidad. No obstante, debe tenerse en cuenta que no en todo caso en que se alegue la lesión al derecho a la salud, la aplicación de la normatividad infraconstitucional que establece los servicios que brinda el sistema de salud resulta incompatible con los derechos fundamentales. Para llegar a esa conclusión el funcionario judicial debe constatar que:

i) *La falta del servicio médico o el medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;*

ii) *El servicio o medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;*

iii) *El interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada*

[5] Sentencia T-760 del 13 de julio de 2008 M.P. Manuel José Cepeda.

legalmente a cobrar, y no puede acceder al medicamento por otro plan distinto que lo beneficie; y

iv) El servicio médico o el medicamento ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.

La jurisprudencia Constitucional ha considerado que el criterio expuesto por el médico tratante del paciente, prima a la hora de determinar la necesidad del suministro del servicio médico solicitado, pues es éste quien mejor conoce su estado de salud y está plenamente capacitado para determinar la atención médica que requiere. Al respecto, ha señalado que el Comité Técnico Científico de la entidad podrá reversar la decisión del médico tratante, siempre y cuando se base en conceptos de médicos especialistas en el campo en cuestión y en un conocimiento completo y suficiente del caso específico del paciente.

El carácter prevalente de la prescripción médica emitida por el médico tratante.

Ha sido amplia la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, al reiterar que el ordenamiento garantiza a todas las personas, como componente esencial del derecho a la salud, el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran para resguardar su dignidad humana. La Corte ha resaltado que quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, el médico tratante. La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que:

> *"…(i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que puedan existir respecto de su condición de salud, lo que conlleva a que sea quien tenga la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un determinado servicio de salud; y (iii) actúa en nombre de la entidad que presta el servicio"*[6]

El alto Tribunal ha señalado en varias oportunidades que la prestación en salud ordenada por el médico tratante se torna fundamental para la persona que la requiere para proteger o restablecer su salud.

No obstante, dado que, bajo la regulación actual, la manera de acceso a los servicios de salud sigue dependiendo, en principio, de si el servicio requerido se encuentra o no incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud al cual la persona tiene derecho, la Resolución 3099 de 2008 establece que la prescripción del médico tratante de un servicio de salud no incluido en el POS debe ser remitida por éste mismo al Comité Técnico Científico para su evaluación, aprobación o desaprobación.

Es decir, que actualmente la normativa en materia de salud le otorga al CTC la facultad para determinar si autoriza o no un servicio de salud no POS ordenado por

[6] Sentencia T 873 de 2011, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.

el médico tratante, de acuerdo con unos criterios y un procedimiento previamente establecido. Sin embargo, han dejado claro a través de la jurisprudencia que:

> *"El Comité Técnico Científico de las entidades prestadoras del servicio de salud no es propiamente un órgano de carácter técnico sino administrativo, debido a su estructura y a las funciones que desempeña, y por lo tanto ha precisado que estos comités no son una instancia más entre los usuarios y las EPS y que su concepto no es un requisito indispensable para el otorgamiento de servicios de salud requeridos por un paciente"*[7]

Para desvirtuar la orden del médico tratante se ha dicho, que la opinión de cualquier otro galeno no es suficiente, la base de la decisión negativa contraria a lo prescrito por el médico que ha tratado al paciente debe ser más sólida, por lo que ha de fundarse, por lo menos en: (1) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad, (2) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento solicitado en el accionante. El dictamen del profesional de la medicina tratante, respecto de un servicio de salud que requiera un determinado paciente, debe prevalecer sobre el concepto del Comité Técnico Científico y cualquier otro miembro de la EPS, inclusive sobre la opinión otro profesional de la salud puesto que el médico tratante es un profesional científicamente calificado y es quien mejor conoce la condición de salud del paciente[8].

PROBLEMA JURÍDICO

Procede el Despacho a determinar si **SaludTotal EPS** y la **AFP Protección SA** vulnera los derechos fundamentales salud, mínimo vital, vida digna, al trabajo consagrados en la Constitución Política, de **Juan Carlos Vergara Álvarez,** debido a que no se le han expedido más incapacidades medicas pese a tener un concepto medico de rehabilitación desfavorable, no le han iniciado el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral y no le han realizado traslado de IPS de Bogotá al Municipio de Calamar – Departamento del Bolívar.

De conformidad con los anteriores postulados, procede el Despacho a analizar el caso objeto de estudio.

EL CASO OBJETO DE ESTUDIO

Obra en el expediente que el señor **Juan Carlos Vergara Álvarez** se encuentra afiliado a **SaludTotal EPS** en el régimen contributivo como cotizante, tambien se encuentra acreditado que cotiza a pensión en la **AFP Protección SA** y está vinculado con la empresa **Bogotana de Limpieza** ocupando el cargo de aseador, se verifica del expediente allegado que el actor fue hospitalizado en el **Hospital Infantil Universitario de San José** del 19 al 24 de septiembre hogaño debido a que presenta un diagnóstico de emergencia hipertensiva con órgano blanco

---

[7] Sentencia T 873 de 2011, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo
[8] Respecto a la prevalencia del concepto del médico tratante, frente al concepto del Comité Técnico Científico y/o de los funcionarios administrativos de la EPS, ver entre muchas otras, las siguientes sentencias: T-666 de 1997, T-155 de 2000, T-179 de 2000, T-378 de 2000, T-284 de 2001, T-414 de 2001, T-786 de 2001, T-344 de 2002, T-760 de 2008.

cerebro, sospecha de crisis convulsiva, cardiopatía valvular entre otras, fue dado de alta y se entregaron ordenes de medicamentos, exámenes de control y valoraciones por neurología y medicina interna, no se emitió incapacidad médica. Se identificó que la **EPS Salud Total** el día **5 de septiembre de 2022** una vez cumplido el día 120 de incapacidades ordenadas al señor **Vergara Álvarez** por enfermedad común emitió concepto de rehabilitación desfavorable, el mismo fue notificado al accionante, a la empresa **Bogotana de Limpieza** y a la **Administradora de Fondo de Pensiones Protección SA.** Desde esta fecha no se observa ninguna otra gestión realizada por el accionante, por el señor **Juan Carlos Vergara Álvarez** agenciado o por alguno de sus familiares.

Por su parte, la **EPS** accionada informa que ha brindado todos los servicios de salud que han sido ordenados por los médicos tratantes del actor, incluso allega información sobre la citas y procedimientos médicos que han sido agendados al accionante desde que fue dado de alta en el mes de septiembre, no se reportan incapacidades médicas desde la fecha y nada se indica respecto de la solicitud de traslado de IPS de Bogotá al Municipio de Calamar- Bolívar. Las **IPS** vinculadas a este amparo constitucional informaron que han prestado los servicios de salud que ha requerido y le han sido ordenados al paciente, refieren que lo que solicita el actor se circunscribe a un tema netamente laboral por lo tanto, no tienen injerencia frente a lo peticionado; por su parte la empresa **Bogotana de Limpieza** señala que no ha desvinculado al actor de su cargo, por el contrario continua pagando seguridad social e incapacidades hasta el día 180, sin embargo, el actor no ha reportado incapacidades para el mes de octubre de 2022, pero no dejará de pagar aportes al sistema general de seguridad hasta tanto se defina la situación del actor.

La **AFP Protección SA** informa al Despacho que una vez es emitido el concepto de rehabilitación desfavorable al actor, éste debe iniciar el proceso de solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral para lo cual debe diligenciar el formato de solicitud, anexar su historia clínica, autorizaciones, entre otros documentos que son requisitos para el trámite que se pretende iniciar, sin embargo, a la fecha no se ha elevado ninguna solicitud por parte del actor o de alguno de sus familiares que permite advertir una transgresión a derechos fundamentales pues, no se ha agotado la solicitud de pensión que inicialmente debe realizar el actor ante la AFP a la cual se encuentra afiliado.

De lo anterior, se debe indicar lo siguiente:

1. De acuerdo con lo manifestado por las IPS vinculadas y que han prestado servicios de salud al señor **Juan Carlos Vergara** una vez se da de alta médica, no se emiten más incapacidades médicas, para ese momento se procede a emitir es un concepto de rehabilitación el cual es desfavorable, el actor solicita se ordene la emisión de incapacidades y se ordene tratamiento de manejo domiciliario.

Frente al concepto de rehabilitación favorable o desfavorable ha sido considerado por la Corte Constitucional en sentencia T 401 de 2017 Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado: "*Como la determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el posible restablecimiento de su capacidad laboral*," este concepto debe ser emitido cuando el periodo de incapacidad de origen

común alcance los 180 días, y es obligación de las EPS notificar el mismo el día 120 de incapacidades generadas, tambien se ha dicho que cuando el concepto es desfavorable debe iniciarse el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, dado que se tiene la certeza de que el estado de salud del trabajador no mejorará.

Ahora bien, en el caso que se estudia, al actor no se le expidieron más incapacidades médicas, no obstante cuenta con un concepto de rehabilitación desfavorable, es decir, no existe posibilidad de mejora frente a sus patologías, inclusive se verifica de la historia clínica que el accionante ha padecido episodios de demencia vascular, este Despacho de manera oficiosa indagó sobre este padecimiento identificando que la demencia vascular *es un término general que describe problemas con el razonamiento, la planificación, el juicio, la memoria y otros procesos mentales provocados por el daño cerebral a causa de una diminución del flujo sanguíneo al cerebro*[9]*.* El actor tambien presentó un diagnóstico de multiinfarto o bloqueo sanguíneo, de estos aspectos la EPS accionada nada informó al Juzgado, solo se dedicó a informar que se han prestado los servicios de salud ordenados al actor, pero ningún pronunciamiento se dio frente a las incapacidades médicas y frente al traslado de IPS que se pretende en esta acción de tutela.

Por otra parte, es de conocimiento que las incapacidades médicas sustituyen el salario mínimo, de modo que se presume la afectación al mínimo vital de un trabajador cuando no recibe su salario y este es su única fuente de ingreso – constituyendo un elemento necesario para su subsistencia al cubrir con ese dinero necesidades básicas. Sin embargo, en este caso no se acredita que en efecto se hayan prescrito más incapacidades médicas desde el mes de octubre, siendo este un criterio que le corresponde solo a los médicos tratantes del paciente en ejercicio de su autonomía como profesionales de la salud pues son estos quienes realizan las acciones que consideran pertinentes para garantizar la atención integral de salud a sus pacientes, así como los tratamientos que según su criterio medico necesita el paciente, sobre este aspecto no obra soporte o prescripción médica que determine la necesidad de brindar un tratamiento médico a través de medicina domiciliaria, por lo tanto, deberán ser los médicos tratantes, de medicina interna y neurología quienes determinen si es procedente o no continuar prescribiendo incapacidades médicas, así como un tratamiento por medicina domiciliaria.

2. Solicita el actor se ordene a la **EPS SaludTotal** calificar la pérdida de capacidad laboral de su agenciado.

Sobre este particular se debe informar al accionante que una vez emitido el concepto de rehabilitación el día **5 de septiembre de 2022,** el accionante o los familiares junto con el agenciado debieron iniciar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral ante la **Administradora del Fondo de Pensiones Protección SA**. Pues como se ha indicado en la normatividad que rige la materia y la jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional:

> *“Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. Dicho deber*

[9] https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/vascular-dementia/symptoms-causes/syc-20378793

> *es aún más apremiante cuando ya transcurrieron los primeros 180 días de incapacidad. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación debe efectuarse y promoverse por las AFP hasta agotar las instancias del caso.*[10]*"*

En la presente acción de tutela no se observa que se haya iniciado algún tipo de trámite ante la **AFP Protección SA,** por lo anterior, de manera oficiosa el día 14 de noviembre de 2022 en turno de fin de semana URI Puente Aranda, esta Autoridad Judicial estableció comunicación al abonado telefónico 304 XXX 5917 de una familiar del señor **Juan Carlos Vergara Álvarez,** la señora **Samira** a quien se le indagó si habían iniciado el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral del señor **Juan Carlos** ante la **AFP Protección**, indicando que se había solicitado información, pero que no se han radicado los documentos solicitados por la **AFP**. Así las cosas, es claro que no se han agotado otros mecanismos con lo que cuenta la parte accionante para activar el inicio del trámite de Calificación de pérdida de capacidad laboral de señor **Vergara Álvarez**.

3. Solicita que se realice cambio de IPS de la ciudad de Bogotá a Municipio de Calamar – en el Departamento de Bolívar.

Sobre este particular, tambien se indagó a la hermana del señor **Juan Carlos** en la comunicación que de manera oficiosa estableció este Estrado Judicial con la misma para que informara si cuenta con un soporte que acredite que elevó la solicitud del traslado de IPS, esto con ocasión a que no se allegó ningún soporte que de manera sumaria acreditara la solicitud y la negativa por parte de la EPS a realizar el traslado, pues de esa solicitud nada informó la **EPS SaludTotal,** indica la hermana del agenciado, que sí elevó solicitud y que la misma fue resuelta por la EPS de manera satisfactoria pues se hizo el traslado de IPS a una del Municipio de Calamar, sin embargo, fue necesario volver a solicitar el traslado a la ciudad de Bogotá pues toda la actividad del señor **Juan Carlos** se realiza en esta ciudad así las cosas, la EPS accedió al cambio de IPS nuevamente para la ciudad de Bogotá, finalmente, refiere que se solicitó nuevamente el traslado de IPS al Municipio de Calamar solicitud que actualmente se encuentra en trámite y de la cual se informó a la señora **Samira** por la EPS, que se demora 8 días en realizar el traslado solicitado.

Es por todo lo anterior, que no se verifica una vulneración a los derechos fundamentales invocados por el accionante para el agenciado, como la salud, mínimo vital, vida digna, al trabajo, pues se han garantizado todos los servicios de salud prescritos al señor **Juan Vergara**, la empresa empleadora ha respetado el posible fuero de salud con el que cuenta éste y a la fecha no lo ha desvinculado de la empresa, aun le continua pagando seguridad social y está a la espera de que éste informe sobre otras incapacidades generadas, o que se resuelva su situación la cual sería la calificación de pérdida de capacidad laboral que se debe tramitar ante la **AFP Protección SA**. Por lo anterior, tampoco se observa vulnerado su derecho al trabajo, pues se continúa con el vínculo laboral desde el año 2013 a la actualidad.

---

[10] Sentencia T 419 de 2015 MP Myriam Ávila Roldán y Sentencia T 401 de 2017 MP Gloria Stella Ortiz Delgado.

Por lo anterior el Despacho señala que la familia como núcleo esencial de la sociedad, tiene entre sus fines **la vida en común, el sostenimiento y la ayuda mutua**, en otras palabras, es deber de los familiares ayudar a sus congéneres; en este caso si el señor **Juan Carlos Vergara Álvarez** no puede valerse por sí mismo para realizar el trámite de solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral ante la **Administradora de pensiones Protección SA,** es su familia quien debe elevar la solicitud bien sea a través de autorización del señor **Vergara**, o a través de él mismo y cuando se realicen las citas médicas con neurología y medicina interna la familiar que actualmente acompaña al señor **Juan Carlos** deberá manifestar a los médicos tratantes sobre la posibilidad de que se continúe prescribiendo incapacidad medica mientras se resuelve la solicitud de calificación, ya que es el profesional de la salud quien tiene la potestad de determinar su viabilidad o no teniendo en cuenta el dictamen de rehabilitación expedido por la **EPS SaludTotal** el pasado **5 de septiembre de 2022.** Finalmente, frente a la solicitud de cambio de IPS al Municipio de Calamar – Bolívar, no se observa transgresión alguna pues como lo manifestó la hermana del señor **Vergara** en anteriores oportunidades se ha elevado esta solicitud sin que se haya negado la misma por parte de la EPS accionada y actualmente a la espera del traslado. Lo antes dicho coadyuva a cimentar **el rechazo** de las pretensiones.

Consecuente con lo manifestado el Despacho **no tutelará** los derechos fundamentales a la salud, mínimo vital, vida digna, al trabajo incoados por **Juan Carlos Vergara Álvarez** quien actúa a través de agente oficioso, pues no se observa vulneración alguna a los mismos.

De esta misma manera, se ordenará desvincular al **Ministerio del Trabajo y Protección Social**, a las IPS **Clínica los Nogales, Clínica Retornar SA**, al **Hospital Universitario de San José y a la empresa Bogotana de Limpieza** por cuanto no se observa que estas entidades hayan vulnerado los derechos fundamentales deprecados por la parte accionante de acuerdo con la información allegada en sus escritos de contestación.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: NO TUTELAR los derechos fundamentales invocados por **Juan Carlos Vergara Álvarez** en calidad de agenciado en contra de **Salud Total EPS** y de la **AFP Protección SA,** como se puso de presente en este proveído.

SEGUNDO: DESVINCULAR a la **Ministerio del Trabajo y Protección Social**, a las IPS **Clínica los Nogales, Clínica Retornar SA**, al **Hospital Universitario de San José y a la empresa Bogotana de Limpieza** conforme se puso de presente en párrafos precedentes**.**

TERCERO: INFORMAR a la parte accionante y a la parte accionada que la presente decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

CUARTO: ORDENAR que de no ser impugnada esta decisión sea remitida la actuación de copias, a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

QUINTO: ARCHIVAR el expediente, una vez la H. Corte Constitucional decida sobre su revisión, dejando las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:
Omar Leonardo Beltran Castillo
Juez Municipal
Juzgado Municipal
Penal 74 Control De Garantías
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **002a5d92fc5eb450d8f5858c05284b75323082d790d5249721988ba2859d9118**
Documento generado en 16/11/2022 09:52:47 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica