El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

Accionante : Carlos Andrés Medina Jaramillo

Accionados : EPS SOS y otra

Litisconsortes : Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones

Procedencia : Juzgado Civil del Circuito de Dosquebradas

Radicación : 66170-31-03-001-2022-00035-01

Mg. Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 172 del 04-05-2022

**TEMAS: DERECHO A LA SALUD / INCAPACIDADES / SUBSIDIARIEDAD / NO APLICA SI SE AFECTA EL MÍNIMO VITAL / LO QUE SE PRESUME / REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL PAGO DE INCAPACIDADES / INEXISTENCIA FÁCTICA / LA FALTA DE PAGO ES ATRIBUIBLE A LA EPS Y NO AL FONDO DE PENSIONES.**

Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo judicial (2021). Empero, hay dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio ordinario: (i) La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable…

… sobre el pago de incapacidades laborales, de manera excepcional, ha señalado: “(…) Si bien, en principio, la tutela no es el trámite adecuado para discutir estos asuntos, cuando quiera que con la ausencia o negativa por el pago de esas acreencias se lesione el derecho fundamental al mínimo vital, el amparo constitucional supera el examen de subsidiariedad.”

… la CC circunscribe el ejercicio del amparo constitucional a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta que estén afectadas en su mínimo vital (2019), al advertir que el subsidio de incapacidad: “(...) constituye la única fuente de subsistencia para una persona y su núcleo familiar…”

… en tratándose a la verificación de la lesión o amenaza del mínimo vital, esa Corporación… ha decantado que se presume cuando se aprecia que el incumplimiento ha sido superior a dos (2) meses o cuando el trabajador solo percibe el salario mínimo, siempre y cuando, el accionado no demuestre ni el juez halle que posee otros ingresos con los cuales pueda atender sus necesidades…

En este caso han pasado más de dos (2) meses desde que se causó la última incapacidad sin pagar (11-11-2021 a 10-12-2021), la condición de salud del accionante le impide trabajar, pues padece de lesiones en sus extremidades inferiores que afectan su movilidad, y cuenta con conceptos de rehabilitación… y afirmó que el auxilio es su único sustento…

De vieja data la CC en su jurisprudencia precisó que la falta de conductas reprochables de las autoridades o particulares hace improcedente el resguardo constitucional. En efecto, expresó:

“… el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión…”

La jurisprudencia de la CC, luego de analizar… las responsabilidades en el reconocimiento y pago de las incapacidades, estableció unas pautas normativas que se encuentran vigentes.

Determinó, entre otros aspectos, que las incapacidades por enfermedad general que se causen a partir del tercer día y hasta el día 180 deben ser pagadas por la EPS…

El reconocimiento y pago de las incapacidades. Palmaria es la trasgresión por parte de la EPS SOS, puesto que la falta de comunicación del concepto de rehabilitación, implica que deba pagar las incapacidades causadas desde el día 181 en adelante, hasta que obre de conformidad…

#

REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA DE DECISIÓN CIVIL –FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

**ST2-0110-2021**

**Cuatro (4) de mayo de dos mil veintidós (2022).**

1. **El asunto por decidir**

La impugnación suscitada en el trámite constitucional ya referido, cumplida la primera instancia.

1. **La síntesis fáctica**

Expresó el actor que en el 2017 y 2020 sufrió sendos accidentes que, en su orden, afectaron el tobillo del pie izquierdo *“(…) Bacteria en el hueso (…) después (…) de acudir a otras alternativas (…) pude sentir que el pie me normalizó entonces desistí de la cirugía (…)”* y la cadera y rodilla derecha con orden de reemplazo de cadera. La última lesión causó sobresfuerzo en el pie izquierdo y el 31-12-2021 el galeno diagnosticó infección y ordenó intervención quirúrgica, sin autorización. También dijo que desde el 2017 padece enfermedad auditiva y la EPS tampoco ha suministrado los audífonos.

De otro lado, manifestó que la EPS y Colpensiones se rehúsan a pagar las incapacidades causadas desde junio de 2021 y que esa es su única fuente de ingresos (Cuaderno No.1, pdf No.01).

1. **Los derechos invocados y la petición**

La salud, la vida, la igualdad, la dignidad humana social y el mínimo vital. Solicitó ordenar a la EPS autorizar y programar: **(i)** La cirugía del pie izquierdo; **(ii)** La cirugía de reemplazo de cadera; **(iii)** Cita con otorrinolaringólogo, audiometría y entrega de audífonos; **(iv)** Tratamiento integral; y, a la EPS y a Colpensiones **(v)** Pagar las incapacidades (Cuaderno No.1, pdf No.01).

1. **La sinopsis de la crónica procesal**

Con auto del 24-02-2022 se admitió la tutela (Cuaderno No.1, pdf No.02); el 09-03-2022 se falló (Ibidem, pdf No.17); y, el 25-03-2022 se concedió la impugnación (Ibidem, pdf No.34). Esta Corporación con auto del 26-04-2022 decretó pruebas de oficio; solo respondió la EPS (Cuaderno No.2, pdf Nos.10-20).

El fallo amparó los derechos a la salud y al mínimo vital. Respecto a la asistencia en salud, ordenó a la EPS autorizar y gestionar consulta de control con especialista en ortopedia y traumatología, habida cuenta de que la programada para el 02-03-2022 no se practicó; y, desestimó las demás asistencias porque son inexistentes prescripciones médicas. En lo atinente a las incapacidades ordenó a la EPS pagar las causadas entre el 24-04-2021 y 11-06-2021, en caso de que no haya comunicado el concepto de rehabilitación, y a Colpensiones las posteriores al día en que sea enterada (Cuaderno No.1, pdf No.17).

La EPS informó que programó la cita para el 18-03-2022 y que el 25-01-2021 expidió y comunicó el concepto de rehabilitación, por manera que acató la orden tutelar. Solicitó modificar el fallo respecto al pago de las incapacidades y trasladar la carga a Colpensiones (Ibidem, pdf No.26).

1. **La fundamentación jurídica para resolver**
	1. La competencia funcional: La tiene esta Sala, por ser la superiora jerárquica del Despacho cognoscente (Art. 32, D.2591/1991).
	2. El problema jurídico a resolver: ¿Se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Civil del Circuito de Dosquebradas, según la impugnación?
	3. Los presupuestos generales de procedencia
		1. La legitimación en la causa. Por activa el señor Carlos Andrés Medina Jaramillo porque está afiliado al sistema de seguridad social (Cuaderno No.1, pdf No.01, folios 13-122); y, por pasiva la **(1)** EPS SOS y la **(2)** Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones; la primera, por ser afiliadora del actor y garante del servicio de salud; y, ambas, por ser competentes para reconocer y pagar las incapacidades laborales de origen común (Arts.206, Ley 100, 23, D.2463/2001, 34, D.1295/1994, 1º, D.2943/2013, Ley 1753 y D.1333/2018).

5.3.2. La inmediatez*.* El artículo 86, CP, regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o un particular.

Este requisito: *“(…) impone la carga al demandante de presentar la acción de tutela en un término prudente y razonable (…)”*, por lo tanto, *“(…) el juez de tutela no podrá conocer de un asunto, y menos aún conceder la protección (…), cuando la solicitud se haga de manera tardía (…)”* (2020)[[1]](#footnote-1). Aquello porque: *“(…) el transcurso de un lapso importante entre la presunta violación de derechos fundamentales y la presentación de la acción de tutela «es indicativo de la menor gravedad de la vulneración alegada o de la poca importancia que tendría el perjuicio que ella causa (…)”* (2021)[[2]](#footnote-2).

Se satisface porque la acción se formuló (21-02-2022) (Ib., pdf No.01) tres (3) días después de radicada la petición de pago de incapacidades y prestación del servicio de salud ante la EPS accionada (18-02-2022) (Ib., pdf No.01, folios 7-9), es decir, dentro del plazo general de los seis (6) meses, fijado por la doctrina constitucional[[3]](#footnote-3).

5.3.3. La subsidiariedad. Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo **judicial** (2021)[[4]](#footnote-4). Empero, hay dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio ordinario: **(i)** La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y **(ii)** La ineficacia de la herramienta regular para salvaguardar los derechos.

Respecto del análisis de este requisito de procedencia la CC[[5]](#footnote-5) ha dicho: *“(…) cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, personas de la tercera edad, entre otros, el examen de procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos”* (Resaltado de la Sala)*.*

Y, sobre el pago de incapacidades laborales, de manera excepcional, ha señalado: “(…) *Si bien, en principio, la tutela no es el trámite adecuado para discutir estos asuntos, cuando quiera que con la ausencia o negativa por el pago de esas acreencias se lesione el derecho fundamental al mínimo vital, el amparo constitucional supera el examen de subsidiariedad.”* (2021)*[[6]](#footnote-6)* (Sublínea extratextual)*.* También, la doctrina constitucional ha sostenido (2019) [[7]](#footnote-7):

… que al determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela en aquellos eventos en donde se comprueba la existencia de personas en circunstancias de debilidad manifiesta, por su avanzada edad, por su mal estado de salud, por la carencia de ingreso económico alguno, por su condición de madre cabeza de familia con hijos menores de edad y/o por su situación de desplazamiento forzado, entre otras; *que dependen económicamente de la prestación reclamada y que carecen de capacidad económica para garantizarse su propia subsistencia*, se exige del juez un análisis de la situación particular del actor, con el fin de determinar si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales y si se está frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional … (Cursiva a propósito).

Claramente, la CC circunscribe el ejercicio del amparo constitucional a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta que estén afectadas en su mínimo vital (2019)[[8]](#footnote-8), al advertir que el subsidio de incapacidad: *“(...) constituye la única fuente de subsistencia para una persona y su núcleo familiar, siendo el amparo constitucional el medio más idóneo y eficaz para lograr una protección real e inmediata (...)”*. Criterio iterado por la Alta Colegiatura (2021)[[9]](#footnote-9).

Ahora, en tratándose a la verificación de la lesión o amenaza del mínimo vital, esa Corporación, de tiempo atrás, ha decantado que se presume cuando se aprecia que el incumplimiento ha sido superior a dos (2) meses o cuando el trabajador solo percibe el salario mínimo, siempre y cuando, el accionado no demuestre ni el juez halle que posee otros ingresos con los cuales pueda atender sus necesidades y las de su familia (Inversión de la carga probatoria) (2020)[[10]](#footnote-10).

Aquello, porque las incapacidades laborales se equiparan al salario dejado de percibir durante el tiempo de convalecencia y se traducen en la garantía para la recuperación de la salud, en pro de la dignidad humana, pues **permite al afectado atender la enfermedad sin tener que preocuparse de procurar el sustento de su hogar**[[11]](#footnote-11).

De lo expuesto se colige que: (i) *La imposibilidad para trabajar por razones de salud*; y, (ii) *La inexistencia de ingresos distintos al salario para satisfacer las necesidades básicas* son presupuestos concurrentes que hacen procedente la acción de tutela como mecanismo excepcional.

En este caso han pasado más de dos (2) meses desde que se causó la última incapacidad sin pagar (11-11-2021 a 10-12-2021), la condición de salud del accionante le impide trabajar, pues padece de lesiones en sus extremidades inferiores que afectan su movilidad, y cuenta con conceptos de rehabilitación (Cuaderno No.01, pdf No.28 y cuaderno No.2, pdf No.17) y afirmó que el auxilio es su único sustento (Cuaderno No.1, pdf No.01,).

Aquellas son circunstancias que pudieron desvirtuar las encausadas y guardaron silencio; por lo tanto, gozan de presunción de veracidad y denotan la afectación del mínimo vital. Se supera así el presupuesto de la subsidiariedad respecto al reconocimiento y pago de incapacidades; igual sucede en torno al servicio de salud porque el actor no cuenta con otro mecanismo diferente a esta acción para procurar la defensa de este derecho.

* + 1. LA INEXISTENCIA DE ACCIÓN U OMISIÓN. De vieja data la CC[[12]](#footnote-12) en su

jurisprudencia precisó que la falta de conductas reprochables de las autoridades o particulares hace improcedente el resguardo constitucional. En efecto, expresó:

… el mecanismo de amparo constitucional se torna **improcedente**, entre otras causas, cuando **no existe una actuación u omisión del agente accionado** a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión.

*… partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5º y 6º del*[Decreto 2591 de 1991]*, se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales (...) En suma, para que la acción de tutela sea* ***procedente*** *requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales existan (…)”*…

… cuando el juez constitucional **no encuentre ninguna conducta atribuible al accionado respecto de la cual se pueda determinar la presunta amenaza o violación de un derecho fundamental**, **debe declarar la improcedencia de la acción de tutela** (Línea y coloración a propósito)

Tesis vigente y compartida por la CSJ[[13]](#footnote-13) (2021), superiora jerárquica en sede constitucional de esta judicatura: *“(…) al no hallarse conducta atribuible a la autoridad convocada respecto de la cual se pueda determinar una presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, debe declararse la improcedencia (…)”*. En síntesis, la improcedencia por falta de acción u omisión ocurre cuando: (i) No hay petición o se resolvió antes de presentar el amparo; y, (ii) La decisión cuestionada es inexistente.

5.4. El derecho a la salud.Al tenor del artículo 49 de la CP, el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas *“(…) el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (…)”.* La CC en su jurisprudencia reconoció su carácter fundamental y señaló que a toda persona se le debe garantizar el acceso efectivo a todos los servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad[[14]](#footnote-14).

Así entiende el legislador con la Ley 1751, regulatoria de este derecho fundamental, instituyó su carácter autónomo e irrenunciable y fijó los principios de accesibilidad, universalidad, equidad, continuidad y oportunidad (2022)[[15]](#footnote-15). Por ende, la acción de tutela es el medio judicial idóneo para defenderlo.

Debe entenderse que a la luz de la precitada ley, se garantiza a través de: *“(…) la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas (…)”*; solo excluye los servicios mencionados en su artículo 15, entre ellos los: *“(…)* *Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas (…)”* (Línea de la Sala); y, aplica: *“(…)* *a todos los agentes, usuarios y demás que intervengan de manera directa o indirecta, en la garantía del derecho fundamental a la salud (…)*”.

Sin duda, el plan de beneficios cubre todas las prestaciones en salud, salvo las que **expresamente** estén excluidas; empero, la CC[[16]](#footnote-16) ha dispuesto que en ciertas situaciones específicas debe brindarse la prestación requerida, pese a su exclusión, en tanto prima garantizar de forma efectiva el derecho a la salud del afiliado.

5.5. El tratamiento integral para el usuario*.* La integralidad del servicio a la salud, también se consideró en la precitada ley, en la que se estableció que: *“Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario (…)”.* (Artículo 8, Ley 1751).

Empero, conforme a la jurisprudencia constitucional (2020)[[17]](#footnote-17), en sede de tutela solo procedente cuando el juzgador verifica: *“(…) (i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación, poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente (…)”*.

Aquello porque[[18]](#footnote-18): *“(…) el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e*

*inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes (…)”*

5.6. El pago de incapacidades de origen común*.* La jurisprudencia de la CC[[19]](#footnote-19), luego de analizar los cambios que realizó el D.L.19 de 2012, *“por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública”,* así como las responsabilidades en el reconocimiento y pago de las incapacidades, estableció unas pautas normativas que se encuentran vigentes.

Determinó, entre otros aspectos, que las incapacidades por enfermedad general que se causen a partir del tercer día y hasta el día 180 deben ser pagadas por la EPS (Art.206, Ley 100). La EPS deberá examinar al afiliado y emitir, antes de que se cumpla el día 120 de incapacidad temporal, el respectivo concepto de rehabilitación y enviarlo a la AFP, antes del día 150 de incapacidad (Art.142, D.L.19 /2012).

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

Superados los 360 días adicionales de incapacidad, si el trabajador continúa recibiendo incapacidades en razón a persistir su condición médica, será la EPS la encargada de su reconocimiento y pago con cargo a la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Ley 1753 y D.1333/2018).

Cabe resaltar que la CC[[20]](#footnote-20) en su jurisprudencia dirimió el debate en torno a que el pago de aquel auxilio dependiera, exclusivamente, de la existencia de un *concepto favorable*, según lo establecido en el D.2463 de 2001: *“(…) (iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las* ***AFP****, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable (…)”[[21]](#footnote-21)* (Resaltado original)*.*

También indicó que, si el concepto de rehabilitación no es expedido oportunamente, será la EPS la encargada de pagar las incapacidades causadas desde el día 181. Dicha obligación subsistirá hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido. Asimismo, ha sido reiterativa en cuanto a la obligación de las EPS de acompañar y asesorar al usuario en los trámites de la solicitud de pago de incapacidades que superen los 180 días y que corresponden por ley a los fondos de pensiones.

Por último, importa precisar que la Alta Magistratura en reciente decisión (2020)[[22]](#footnote-22), con base en el artículo 2.2.3.3.1., numeral 1º, D.1333/2018, revalidó tesis añeja[[23]](#footnote-23) relativa a la obligación de las AFP de pagar las incapacidades posteriores a los primeros 540 días, siempre y cuando medie concepto desfavorable de rehabilitación, sin que incida en modo alguno que la calificación de la PCL sea inferior o superior al 50%.

En síntesis, explicó[[24]](#footnote-24): **(1)** *“(…)* ***las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones****hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50% (…)”* (Negrilla del original); y, **(2)** *“(…)**el trabajador que es calificado y supera el 50% de pérdida de capacidad laboral, ante la disminución física que padece, las entidades del Sistema les corresponde actuar con solidaridad y diligentemente reconocer y pagar una suma de dinero con la cual pueda satisfacer sus necesidades básicas; razón por la cual mientras se decide definitivamente sobre el reconocimiento y el pago de la pensión de invalidez,* ***el Fondo de Pensiones deberá costear las incapacidades laborales*** *(…)”* (Negrilla a propósito)*.*

1. **El caso concreto analizado**

Según las premisas jurídicas anotadas y teniendo en cuenta el petitorio de amparo junto con las pruebas, la sentencia **(i)** se confirmará parcialmente porque se advierte que la EPS accionada trasgredió los derechos a la salud, a la seguridad social y al mínimo vital del actor, al demorar la prestación del servicio y desestimar el reconocimiento y pago de incapacidades; **(ii)** se revocará la orden frente Colpensiones para declarar improcedente el amparo en su contra, por ausencia fáctica (Acción u omisión); y, **(iii)** se adicionará para declarar también improcedente la acción en torno a servicios requeridos que carecen de prescripción médica (Acción u omisión).

6.1. El derecho a la salud. Revisada la historia clínica, se tiene que en consulta del 14-02-2022, el especialista en ortopedia conceptuó que: *“(…) La presencia de infección ósea en la tibia y posiblemente en el tarso (…) complica el tratamiento (…) lleva unos 18 años se debe determinar los sitios de infección en el pie (…) cualquier tratamiento adicional en la cadera derecha no se puede realizar por la presencia de infección ósea del miembro inferior izq se solicitan resonancias y valoración por cirugía de pie (…)”* y expidió las órdenes respectivas, sin prueba de autorización y ejecución (Cuaderno No.1, pdf No.13-18).

Y, el 25-04-2017 el otorrinolaringólogo diagnosticó hipoacusia unilateral izquierda, solicitó dispositivo y adaptación de audífono y ordenó consulta de control y seguimiento (Ibidem, pdf No.01, folios 95-102). Ninguna asistencia posterior recibió.

El 18-02-2022 el interesado solicitó a la EPS SOS suministrar el servicio de salud, en silencio; y, notificado el amparo, la accionada atinó a alegar que la cirugía de cadera está vencida y requiere nueva valoración; y, el servicio de transporte carece de prescripción (Ib., pdf No.14); Seguidamente, en acato del fallo de primera instancia, adujo que programó cita con especialista para el 18-03-2022, sin pruebas de su ejecución (Ib., pdf No.26).

6.1.1. La inexistencia de hechos. Cierto es que en diciembre de 2020 los médicos ordenaron la valoración por ortopedia de cirugía de cadera que el interesado pide ejecutar (Ib., pdf No.01, folio 55); sin embargo, imposible es endilgar acción u omisión a la EPS, como quiera que en reciente evaluación el ortopedista explicó que no se puede realizar tratamiento alguno en la cadera por la presencia de infección ósea en el miembro inferior izquierdo (Ib., pdf No.01, folio 13).

Circunstancias suficientes para colegir la inexistencia de conductas trasgresoras o que pongan en riesgo el derecho a la salud con ocasión del servicio dejado de brindar; inviable disponer la ejecución de intervención quirúrgica descartada por el médico tratante.

Semejante análisis hace la CSJ, en reciente decisión: (2021)[[25]](#footnote-25): *“(…) no basta con que el accionante señale que se le ha vulnerado un derecho fundamental, pues se requiere que se demuestre que los derechos fundamentales que se pretenden proteger han sido vulnerados o están amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos previstos en la ley (…)”*. Sin: *“(…) la existencia cierta del agravio, lesión o puesta en peligro de la prerrogativa constitucional invocada (…) carece de sentido hablar de la necesidad de la salvaguarda (…)”*. Corolario, se adicionará el fallo para declarar improcedente el amparo respecto a la cirugía de cadera.

6.1.2. La dilación en el servicio. No obstante, diáfana es la trasgresión del derecho a la Salud respecto a las dolencias del pie y tobillo izquierdos y del oído derecho.

A estas alturas no autoriza y practica los exámenes ordenados el 14-02-2022: **(i)** resonancia nuclear magnética de articulaciones de miembro (Cadera, rodilla, pie y cuello del pie) con contraste del pie izquierdo por *“osteomielitis del tarso”*, **(ii)** Radiografía de tobillo AP lateral y rotación interna; y, **(iii)** Resonancia nuclear magnética de miembro inferior sin incluir articulaciones con contraste de la pierna izquierda *“tibia distalo por posible osteomielitis”*, necesarios para la posterior consulta de control con especialista en cirugía de pie (Ib., pdf No.01, folios 14-18). Inútil la consulta autorizada para el 18-03-2022, sin los exámenes diagnósticos.

Y, respecto a la hipoacusia, aun cuando las órdenes de control y entrega de dispositivo y adaptación de audífono datan del 2017 (Ib., pdf No.01, folios 98-105), es palpable la desidia de la accionada, no solo por el paso del tiempo, sino también porque el interesado con escrito del 18-02-2022 solicitó la prestación, sin respuesta (Ib., pdf No.01, folios 7-8). Ni siquiera autorizó la revaluación para ratificar la orden añeja del especialista.

Es su obligación prestar los servicios de salud a sus afiliados con eficiencia, continuidad y calidad, máxime a persona como el interesado que de vieja data padece serias dolencias en sus extremidades que han evolucionado con el pasar de los años y aún no han sido tratadas plenamente. Se modificará el fallo para disponer la prestación de las referidas asistencias en salud.

También se adicionará la decisión confutada para ordenar el tratamiento integral[[26]](#footnote-26), en consideración a que: (i) La EPS fue negligente. Demora la autorización y práctica de los exámenes, elementos de ayuda auditiva y consultas de control; (ii) Están diagnosticadas las patologías: Osteomielitis, no especificada, necrosis aséptica idiopática ósea, fractura del primer metacarpo, e hipoacusia neurosensorial unilateral, que datan del 2017, 2020 y 2021 (ib., pdf.01, folios 13-102); (iii) Hay órdenes expresas de los médicos; y, (iv) los padecimientos, pese al diagnóstico añejo, requieren tratamientos aún sin practicar.

6.2. Las incapacidades. Como se anotó, a juicio de la Sala, la EPS agravió los derechos al mínimo vital y a la seguridad social del actor.

**(i)** Según la relación aportada por el actor se expidieron incapacidades continuas entre el 29-09-2020 y el 11-06-2021, y luego se otorgó otra entre el 11-11-2021 y el 10-12-2021, con ocasión de las enfermedades S835 y S836 (Ib., pdf N0.01, folio 109 y pdf No.29); **(ii)** La accionada pagó las causadas hasta el 13-02-2021 (136 días) y la correspondiente al 13-04-2021 y 24-04-2021 (180 días) (Ib., pdf N0.01, folio 109 y pdf No.29); **(iii)** Aún están pendientes de reconocimiento y pago la del 14-03-2021 a 12-04-2021 anterior a los 180 días, y las del 24-04-2021 a 11-05-2021, 13-05-2021 a 11-06-2021 y 11-11-2021 a 10-12-2021, posteriores al hito temporal (Ib., pdf N0.01, folio 109);

**(iv)** Oportunamente, el 19-02-2021, expidió el concepto de rehabilitación, sobre las patologías S836 y M870 (Ib., pdf No.28), empero, pretirió comunicarlo a Colpensiones. Arrimó el oficio y constancia de envío a *“contacto@colpensiones.gov.co”*, sin prueba de entrega en la bandeja de entrada o acuse de recibido (Ib., pdf Nos.30 y 31).

Fue requerida por la Sala y pretirió demostrar que obró de conformidad; y, tampoco acreditó que brindó al accionante el acompañamiento y asesoría en el cobro ante Colpensiones (Cuaderno No.2, pdf Nos.14 a 20). Únicamente atinó a presentar actuaciones recientes de febrero del año en curso, relacionadas con patología diversa (S622), sin relación de incapacidades. Finalmente, se tiene que Colpensiones no fue destinaria de reclamación alguna por parte del actor ni de la EPS.

6.2.1. La inexistencia de hechos. Sin matices, se advierte que es falsa la narración fáctica frente a Colpensiones. Desconoce el concepto de rehabilitación del 19-02-2021 y tampoco recibió petición relacionada con el pago de incapacidades posteriores a los 180 días. Clara es la ausencia de acción u omisión endilgada; en consecuencia, se adicionará el fallo para declarar improcedente el amparo en su contra (2021)[[27]](#footnote-27).

6.2.2. El reconocimiento y pago de las incapacidades. Palmaria es la trasgresión por parte de la EPS SOS, puesto que la falta de comunicación del concepto de rehabilitación, implica que deba pagar las incapacidades causadas desde el día 181 en adelante, hasta que obre de conformidad. La negligencia en su actuar la hace acreedora de la obligación pecuniaria; por ende, tendrá que pagar las correspondientes a los ciclos 14-03-2021 a 12-04-2021, 24-04-2021 a 11-05-2021, 13-05-2021 a 11-06-2021 y 11-11-2021 a 10-12-2021 y las subsiguientes hasta cumplir los 180 días, como quiera que se interrumpió su continuidad, cinco meses trascurrieron entre el 11-06-2021 y el 11-11-2021.

Establece el artículo 2.2.3.2.2., D.1333/2018, sustitutivo del Título 3º, parte 2 del Libro 2º del Decreto 780 de 2016, reglamentario del pago de incapacidades: *“(…) Existe prórroga de la incapacidad derivada de enfermedad general de origen común, cuando se expide una incapacidad con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión o por otra que tenga relación directa con esta, así se trate de diferente código CIE (Clasificación Internacional de Enfermedades), siempre y cuando entre una y otra, no haya interrupción mayor a 30 días calendario (…)”.* (Resaltado a propósito). Se ajustará el fallo opugnado.

El concepto de rehabilitación del 01-02-2022, debidamente comunicado a Colpensiones, no constituye el acato del mandato legal, como quiera que atañe a enfermedad diversa (S622) de las que fueron objeto de incapacidad en los interregnos referidos (S836 y M870). Circunstancia disímil y nueva, que el interesado tampoco cuestionó, sobre la que es inviable pronunciarse para la judicatura, porque supondría desconocer el derecho de defensa de la administradora de pensiones.

En mérito de los razonamientos jurídicos hechos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil – Familia, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**F A L L A,**

1. CONFIRMAR PARCIALMENTE el fallo proferido el 09-03-2022 por el Juzgado Civil del Circuito de Dosquebradas.
2. MODIFICAR el numeral 1º para ORDENAR a la Directora Regional de la EPS SOS que, en el plazo de 48 horas, siguientes a la notificación de esta decisión: **(1)** Autorice y practique los exámenes ordenados por el ortopedista **(i)** resonancia nuclear magnética de articulaciones de miembro (Cadera, rodilla, pie y cuello del pie) con contraste del pie izquierdo por *“osteomielitis del tarso”*, **(ii)** Radiografía de tobillo AP lateral y rotación interna; y, **(iii)** Resonancia nuclear magnética de miembro inferior sin incluir articulaciones con contraste de la pierna izquierda *“tibia distalo por posible osteomielitis”*.

**(2)** Recolectados los exámenes, que deberán surtirse en un plazo máximo de 15 días, autorice y agende, en 48 horas, consulta de control con especialista en cirugía de pie.

**(3)** Respecto a la hipoacusia, autorice y ejecute, en un término de 48 horas, cita de control con otorrinolaringólogo para que ratifique la orden de entrega y adaptación de dispositivo auditivo; en caso afirmativo, un plazo igual, autorizará y suministrará el elemento.

**(4)** Brindar el tratamiento integral al accionante respecto a las patologías Osteomielitis, no especificada, necrosis aséptica idiopática ósea, fractura del primer metacarpo, e hipoacusia neurosensorial unilateral.

1. MODIFICAR el numeral 2º para ORDENAR a la Directora Regional de la EPS SOS que, en el plazo de 48 horas, contado a partir de la notificación de esta sentencia: **(1)** Reconozca y pague al actor las incapacidades causadas entre el 14-03-2021 a 12-04-2021, 24-04-2021 a 11-05-2021, 13-05-2021 a 11-06-2021 y 11-11-2021 a 10-12-2021 y subsiguientes que se causen con ocasión de las patologías S835 y S836, hasta cumplir los 180 días ininterrumpidos, siempre y cuando comunique a tiempo el respectivo concepto de rehabilitación.
2. REVOCAR los numerales 3º y 4º del fallo para, en su lugar, DECLARAR improcedente el amparo contra la EPS SOS y la Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones, por ausencia fáctica, entorno a la cirugía de cadera y pago de incapacidades superiores a los 180 días, según lo expuesto.
3. ENVIAR este expediente, a la CC para su eventual revisión.

Notifíquese,

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Magistrado

**EDDER J. SÁNCHEZ C. JAIME A. SARAZA Naranjo**

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

1. CC. T-075 de 2020. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-131 de 2021. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. SU-037 de 2019 y [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-034 de 2021, T-053 de 2020, T-422 de 2019, T-359 de 2019, C-132 de 2018, T-015 de 2016, T-162 de 2010 y T-099 de 2008, entre muchas. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-471 de 2017. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-419 de 2015, también pueden consultarse la T-008 de 2018, T-161 de 2019, T-268 de 2020 y T-020 de 2021. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-161 de 2019. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. Ob. Cit. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-020 de 2021, T-268 de 2020 y T-523 de 2020. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-523 de 2020, T-161 de 2019, T-649-2013, T-984 de 2012, T-065 de 2009 y T-602 de 2007. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. T-130 de 2014, reitera las SU-975 de 2003 y T-883 de 2008. [↑](#footnote-ref-12)
13. CSJ. STC12717-2019 y STC13358-2019, también pueden consultarse las STC8802-2021 y STC8274-2021, entre muchas. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. T-405 de 2017, T-081 de 2019, T-117 de 2019 y T-207 de 2020. [↑](#footnote-ref-14)
15. CC. T-013 de 2022. [↑](#footnote-ref-15)
16. CC. T-309 de 2018, T-215 de 2018, T-299 de 2015, entre otras. [↑](#footnote-ref-16)
17. CC. T-081 de 2019, reiterada en la T-207 de 2020. [↑](#footnote-ref-17)
18. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-18)
19. CC. T-333 de 2013, T-698 de 2014, T-097 de 2015, T-691 de 2015, T-144 de 2016, T-401 de 2017, T-218 de 2018, T-161 de 2019 y T-523 de 2020, entre otras. [↑](#footnote-ref-19)
20. CC. T-401 de 2017, T-246 de 2018 y T-161 de 2019. [↑](#footnote-ref-20)
21. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-21)
22. CC. T-268 de 2020. [↑](#footnote-ref-22)
23. CC. T-401 de 2017 y T-144 de 2016. [↑](#footnote-ref-23)
24. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-24)
25. CSJ. STC7008-2021, STC197-2021, STC8053-2019 ySTC6835-2019, entre otras. [↑](#footnote-ref-25)
26. CC. T-081 de 2019, reiterada en la T-207 de 2020. [↑](#footnote-ref-26)
27. CSJ. STC7008-2021, STC197-2021, STC8053-2019 ySTC6835-2019, entre otras. [↑](#footnote-ref-27)