

República de Colombia



Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Cúcuta

JUZGADO SÉPTIMO CIVIL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA

Norte de Santander

San José de Cúcuta, veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 540013153 007 **2018 00341 00**
Accionante: Pompilio Cruz Toloza.
Accionado: Nueva E.P.S.
Proceso: Acción de Tutela-Primera Instancia

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela incoada por el señor Pompilio Cruz Toloza, quien actúa en nombre propio, en contra de la Nueva E.P.S.

1. ANTECEDENTES.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones, en síntesis el gestor constitucional manifestó que Positiva Compañía de Seguros SA, le reconoció pensión por invalidez, entidad que le informó que se efectuaría automáticamente la actualización en el sistema para efectos de los aportes a su entidad promotora de salud, esta es, la Nueva EPS.

Sin embargo, aludió que, al acercarse a la IPS Vihonco, le informaron que no podían atenderlo porque se encuentra desvinculado del sistema por mora en el pago de los aportes. Igualmente aconteció al solicitar cita de control para su hijo. Asimismo argumentó que la farmacia le niega la entrega de los medicamentos alegando que se encuentra desvinculado del sistema.

1.1. PRETENSIONES.

Pretende el promotor del amparo se proteja su derecho fundamental a la salud; por ello persigue a través de la presente

acción constitucional se ordene a la accionada prestar la atención médica requerida a él y a su núcleo familiar. Así mismo, efectuar la entrega de los medicamentos ordenados por el galeno tratante.

1.2. DE LA ACTUACIÓN PROCESAL SURTIDA.

Asignada por reparto la queja constitucional, por proveído del once (11) de octubre del año avante, se vinculó al contradictorio a Positiva Compañía de Seguros –Nivel Central-, Positiva Compañía de Seguros –Dirección Territorial Norte de Santander-, Gerente de Indemnizaciones de Positiva Compañía de Seguros y a la Regional Nororiental de la Nueva EPS, conforme a lo expuesto en la parte motiva, y se dispuso comunicar a la accionada y vinculados la existencia de este trámite a fin de que ejerciera su derecho de defensa.

Yuly Paola Santisteban Osorio en representación de Positiva Compañía de Seguros SA¹, informó que el señor Pompilio Cruz Toloza presentó contingencia de fecha 15 de enero de 2014, calificándose los diagnósticos denominados “síndrome túnel carpiano derecho”, “trastorno de disco cervical con radiculopatía”, “síndrome del manguito rotador izquierdo”, “trauma rodilla: lesión menisco medial rodilla derecha”, “contusión de primer dedo de izquierda sin daño de uña”, “discopatía de L4-L5, sin radiculop”, “tendinitis del biceps derecho”, como de origen profesional.

Argumentó que la entidad ha prestado los servicios médicos requeridos con ocasión a dichas patologías, sin que a la fecha se encuentre prescripción médica pendiente por garantizar. Indicó que el accionante recibe por parte de la Nueva EPS, tratamiento con relación a diagnóstico depresivo recurrente, por lo que es responsabilidad de dicha entidad garantizar las prestaciones requeridas. Con base en lo anterior, pidió se declare improcedente la tutela por carencia actual de objeto.

¹ Folios 25-27.

El señor Pompilio Cruz Toloza informó que la IPS Vihonco prestó la atención médica a su hijo, esto es, la cita de control con el especialista y le fueron entregados los medicamentos requeridos. Argumentó que tiene cita pendiente por ortopedia, frente a lo cual le informaron que debe esperar a que lo llamen, al paso que también le negaron la entrega de medicamentos con el argumento de que se encuentra en mora en el pago de los aportes².

Yaneth Fabiola Carvajal Rolon en representación de la Nueva E.P.S., en resumen refirió que la entidad presta los servicios de salud a través de las I.P.S. contratadas para tal efecto y de acuerdo con los servicios contemplados en la Resolución 5269 de 2017. Indicó que el señor Pompilio Cruz Toloza se encuentra afiliado a la entidad en el régimen contributivo y su estado es *activo*. Sostuvo igualmente que, conceder el tratamiento integral implica dar órdenes sobre hechos futuros lo que no es acorde con la naturaleza de la acción, cuando la prestación del servicio está determinada por la Resolución 5269 de 2017.

Afirmó que el juez de tutela no se encuentra facultado para dar órdenes en supuestas negaciones del servicio, y el fallo no puede ir más allá de la amenaza o la vulneración del derecho, a la vez que aludió que debe primar el concepto del médico tratante. Finalmente solicitó, se niegue el amparo por improcedente o en su defecto, de concederse lo pedido se autorice el recobro ante el ADRES.

2. CONSIDERACIONES.

1. Es competente este Estrado Judicial para dirimir la presente acción de tutela según lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, los Decretos 2591 de 1991 artículo 37 y el 1983 del año 2017.

2. Para el caso puesto a consideración del Despacho se tiene que el gestor constitucional solicitó la protección de su derecho fundamental a la salud; por ello solicitó a través de la presente acción

² Folio 30.

constitucional, se ordene a la accionada prestar la atención médica requerida a él y a su núcleo familiar. Así mismo, efectuar la entrega de los medicamentos ordenados por el galeno tratante.

3. La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, cuando los mismos resulten vulnerados por la acción u omisión de las autoridades. Esta acción es dada para que toda persona pueda acudir a un juez, con el fin de que se le proteja su derecho ante una conducta de acción u omisión de autoridad que vulnere o amenace un derecho fundamental individual y ante la situación de carencia de otro mecanismo judicial para la protección de tales derechos.

La finalidad última de esta acción constitucional es lograr que el Estado, a través de un pronunciamiento judicial, restablezca el derecho fundamental conculcado o impida que la amenaza que sobre él se cierne se configure.

4.- Sobre la garantía al derecho fundamental a la salud el Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General N° 14 expuso que *"la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente"*³.

La Ley Estatutaria 1751 de 2015 regula el Derecho fundamental de la salud, determinando su objeto, elementos esenciales, principios, derechos y deberes de las personas y del estado frente a la protección de esta garantía constitucional. Igualmente, nuestra Carta Magna consagra en el artículo 13 que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para promover las condiciones de igualdad de grupos discriminados y marginados y proteger de manera especial a las personas que, por su condición de vulnerabilidad, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.

³ Interpretación del artículo 12 del Pacto sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969.

Consagra también, el artículo 49 ibídem el deber del Estado de garantizar a todas las personas la atención en salud que requieran. Corolario a ello ha manifestado la Corte Constitucional que, *"toda persona tiene derecho a que se garantice el acceso a los servicios (de salud) que requiera 'con necesidad' que no puede financiarse por sí mismo"*⁴.

La jurisprudencia constitucional ha indicado que el derecho a la salud comprende dos facetas: por un lado, su reconocimiento como derecho y, por el otro, su carácter de servicio público⁵.

Según se narró en la solicitud de amparo, el accionante atribuyó la vulneración del derecho fundamental invocado a la negativa en la atención médica y falta de entrega de medicamentos por parte de la Red Prestadora de Servicios de la Nueva EPS, bajo el argumento de que se encuentra desafiliado de la entidad por mora en el pago de aportes.

Argumentó el señor Pompilio Cruz Toloza que Positiva Compañía de Seguros SA le reconoció pensión por invalidez, conforme a lo cual le informó que en el sistema se actualizaría su estado de forma automática con relación al pago de aportes en la Nueva EPS.

Sería del caso proceder a verificar si tal situación es producto de acción u omisión por parte de alguna de las entidades accionadas, a fin de determinar si con ocasión a ello se vulnera o amenaza el derecho invocado por el gestor, sin embargo, para resolver se tiene que en atención al requerimiento efectuado por el Despacho, la Nueva EPS informó que el señor Pompilio Cruz Toloza se encuentra adscrito a la entidad en el régimen contributivo y su estado registra activo, contando así con la condición requerida para recibir la asegurabilidad y prestaciones requeridas.

En efecto, verificada la consulta efectuada en la base de datos única de afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad

⁴ Sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional.

⁵ Sentencia T-121 de 2015.

Social -ADRES- se corroboró que el señor Pompilio Cruz Toloza presenta afiliación en estado ACTIVO ante la Nueva EPS.

En ese orden de ideas, dada que dicha pretensión fue satisfecha durante el trámite de la acción de tutela, toda vez que el estado de desvinculación aludido por el gestor registra ahora activo, se tiene que en torno a los fundamentos fácticos que originaron tal inconformidad, se consolidan las circunstancias que permiten predicar la figura del hecho superado, por lo que así deberá declararse, en virtud de que la razón que la motivó, esto es, la omisión en la atención de la petición, cesó durante el trámite, razón por la cual, carecería de sentido emitir orden al respecto.

Sobre el particular, es preciso memorar que, considerando el sentido teleológico de la acción de tutela, que no es otro diferente al restablecimiento del derecho fundamental conculcado o la cesación de la amenaza que sobre él se cierne, la Corte Constitucional ha sostenido que cuando el supuesto fáctico al cual se atribuye su origen ha desaparecido o se encuentra superado, el amparo se torna inocuo:

"La acción de tutela, conforme al artículo 86 de la Constitución, tiene como finalidad amparar los derechos fundamentales de las personas ante su amenaza o vulneración, ya sea por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular. Empero, cuando la situación de hecho que causa la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada, la acción de tutela pierde toda razón de ser, en la medida en que la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso concreto resultaría a todas luces inútil, y por consiguiente, contraria al objetivo constitucionalmente previsto para esta acción."⁶.

Con base en lo anterior, dicha Corporación ha referido que en el trámite de la acción de tutela se presenta carencia actual de objeto por (i) hecho superado, (ii) daño consumado, y como nueva modalidad, por (iii) el acaecimiento de una situación sobreviniente.

⁶ Sentencia T-002 de 2018.

En cuanto a la primera, opera cuando el motivo que originó la solicitud desaparece o se modifica, como ocurre en el evento en que la pretensión planteada por quien acciona haya sido satisfecha antes de que el juez profiera su decisión; Sobre esta situación, la Corte Constitucional ha dicho que emitir orden al respecto carecería de sentido, por lo que se debe declarar que el hecho ha sido superado⁷.

Con todo, lo relativo al estado de afiliación corresponde a un asunto, y la prestación efectiva de los servicios a otro. En tal sentido, advierte el Despacho que si bien el señor Pompilio Cruz Toloza durante el trámite de la acción, manifestó que la IPS Vihonco prestó la atención médica a su hijo, esto es, la cita de control con el especialista, e igualmente le fueron entregados los medicamentos requeridos, lo cierto es que indicó que tiene cita pendiente por ortopedia, frente a lo cual le informaron que debe esperar a que lo llamen⁸.

Ahora bien, mediante comunicación telefónica, el accionante informó que la EPS entregó los medicamentos ordenados por el galeno tratante, salvo el denominado "DULOXETINA", indicando asimismo que se encuentra pendiente la valoración por ortopedia y traumatología.

Con el propósito de resolver lo pertinente, es menester memorar que por encontrarse el señor Pompilio Cruz Toloza afiliado al Sistema de Seguridad Social a través de la Nueva E.P.S., esta es entidad la responsable de la prestación del servicio de salud al usuario⁹.

Estudiado el diligenciamiento, se observa que comprende epicrisis clínica que referencia el diagnóstico denominado "trastorno depresivo recurrente"¹⁰, evidenciándose así la afección en su estado de salud. Por otra parte, obra en la actuación, fórmula del

⁷ Sentencia T- 126 de 2015.

⁸ Folio 30.

⁹ Artículo 85 y 177 de la Ley 100 de 1993.

¹⁰ Folio 12.

medicamento denominado "DULOXETINA"¹¹, y orden de valoración por "ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGÍA"¹², sin que su entrega y efectiva prestación se hayan acreditado. Sobre este tópico la EPS no hizo pronunciamiento alguno ni demostró acción o gestión efectuada con el fin de garantizar el servicio.

Puestas así las cosas, por encontrarse acreditada la necesidad del servicio y la omisión frente a su prestación, de conformidad con la jurisprudencia constitucional en torno a la justiciabilidad del derecho a la salud, la cual ha establecido que la misma se predica cuando no se reconocen servicios definidos como prestaciones obligatorias, ordenados por los médicos tratantes y requeridos por los usuarios¹³, o cuando no se reconocen prestaciones, aunque no estén definidas como servicios obligatorios, en situaciones en que aquellas son requeridas y las personas no pueden acceder a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas."¹⁴, se configuró la vulneración del derecho a la salud de la agenciada, resultando insuficientes a la luz de dichos postulados los argumentos de la E.P.S. en torno a los servicios NO POS.

En ese orden de ideas, a luz de los fundamentos constitucionales y jurisprudenciales, atendiendo que del historial clínico se colige la alteración que del estado de salud presenta el señor Pompilio Cruz Toloza en razón al plan de manejo dispuesto por el galeno tratante, sin que exista duda de la atención que requiere en tal sentido, se configura la vulneración del derecho fundamental a la salud, atendiendo además la protección especial de que es titular en razón a su estado de debilidad manifiesta con ocasión a su condición física¹⁵, por tanto, resulta imperioso conceder el amparo constitucional del derecho a la salud con ocasión a la prestación del servicio y adoptar las medidas pertinentes para asegurar los derechos fundamentales invocados por la solicitante.

¹¹ Folio 12.

¹² Folio 33.

¹³ Sentencia T - 056 de 2015.

¹⁴ Sentencia T - 056 de 2015.

¹⁵ Artículos 13 Constitución Política.

En tal sentido se ordenará a la Nueva EPS, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, si aún no lo ha hecho, sin trasladar carga administrativa o de cualquier otra índole al usuario, proceda a través del respectivo operador, a materializar la entrega del medicamento denominado "DULOXETINA", y autorizar y practicar la valoración por "ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGÍA".

Finalmente en torno a la autorización para efectuar el recobro, elevada por la entidad accionada, estima este Despacho que no le corresponde emitir la misma, pues su procedimiento se encuentra definido en la normatividad y legislación consagrada para tal fin, y jurisprudencialmente se ha señalado que no es necesario incluir en la parte resolutive del fallo de tutela dicha facultad.

Lo anterior, teniendo en cuenta que tal como lo refirió el órgano de cierre constitucional en sentencias T-760 de 2008, Auto 067A de 2010 y T-050 de 2010 "no le es dable al Fosyga o a las entidades territoriales negar el recobro que las EPS presenten, en los eventos en que estas tengan que asumir procedimientos, tratamientos, medicamentos que no se encuentran dentro del POS, por el simple hecho de no estar reconocido de manera expresa en la parte resolutive del correspondiente fallo de tutela, es decir, basta, para que proceda dicho recobro, con que se constate que la EPS no se encuentra en la obligación legal ni reglamentaria de asumir su costo o valor, de acuerdo con lo que el plan de beneficios de que se trate establezca para el efecto.", posición reiterada en AUTO 071 del 2016.

6.- En mérito de lo expuesto, el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la carencia actual de objeto por hecho superado, en torno a lo relativo al pago de aportes del señor POMPILO CRUZ TOLOZA al sistema de seguridad social en salud, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONCEDER la tutela del derecho a la salud solicitada por el señor POMPILIO CRUZ TOLOZA, con ocasión a la efectiva prestación del servicio, en contra de la NUEVA E.P.S., por las razones anotadas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ORDENAR a la NUEVA E.P.S., que en el perentorio término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la comunicación, si aún no lo ha hecho, sin trasladar carga administrativa o de cualquier otra índole al usuario, proceda a través del respectivo operador, a materializar la entrega del medicamento denominado "DULOXETINA"; asimismo, a autorizar y practicar la valoración por "ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGÍA".

CUARTO: ORDENAR al representante legal de la entidad accionada que una vez cumplida la orden proferida en el numeral segundo de la decisión, proceda a remitir a este Juzgado la prueba idónea que así lo acredite, so pena de incurrir en desacato a sentencia de tutela, tal como lo contempla el régimen de sanciones del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: NOTIFICAR este fallo a las partes de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: REMITIR el presente fallo a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión en caso de no ser impugnado.

SÉPTIMO: INGRESAR la queja constitucional una vez venza el término concedido para verificar el cumplimiento de la orden impartida (artículo 27 del Decreto 2591 de 1991).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


SONIA ADELAIDA SASTOQUE DÍAZ

JUEZ

A.R.