

Juzgado Primero Civil Municipal de Sogamoso

Sogamoso, Veintisiete (27) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

ACCIÓN : TUTELA.
ACCIONANTE : LEONARDO ENRIQUE AYALA ACEVEDO
ACCIONADOS : EPS FAMISANAR Y SERVIZIRETH
RADICACIÓN : 157594003001-2019-0064-00

Se pronuncia el Despacho acerca de la Acción de Tutela formulada por el señor LEONARDO ENRIQUE AYALA ACEVEDO identificado con C.C. 74.183.598 contra E.P.S. FAMISANAR y SERVIZIRETH por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud en conexidad con el derecho a la vida e integridad personal.

I.- LA DEMANDA.

Relata el accionante que siendo empleado de SERVIZIRETH se inscribió a la E.P.S. FAMISANAR de la sucursal Sogamoso, e inscribió a su compañera permanente y a sus hijos como beneficiarios del Plan Obligatorio de Salud.

Aduce que el día 27 de diciembre de 2018 tenía una cita médica con el Dr. FERNANDO ORTIZ PEREZ, para consulta de **ortopedia**, según orden emitida por Clínica El Laguito S.A., cita que le fue negada por encontrarse suspendido en la E.P.S. FAMISANAR.

De igual forma indica, que la Clínica El Bosque con orden OC614776 de fecha 18 de octubre de 2018 le remitió para INTERCONSULTA POR ESPECIALISTA EN MEDICINA DEL TRABAJO, JUNTA MEDICO LABORAL POR SU E.P.S., cita que tampoco ha sido posible por encontrarse suspendido.

Señala que según certificado de fecha 27 de diciembre de 2018 expedido por su E.P.S., su afiliación se encuentra suspendida.

Manifiesta que su núcleo familiar no ha podido acceder a consultas médicas por la suspensión que menciona anteriormente, y que su hijo JAISON LEONARDO AYALA LEON requiere consulta por déficit de atención e hiperactividad.

Afirma que pese a lo anterior, su entidad promotora de salud FAMISANAR adoptó la posición de suspender su servicio de salud, en razón que su empleador no siguió cotizando.

Por último, informa que el día 23 de marzo de 2018 el Juzgado Primero Civil Municipal de Sogamoso tuteló en su favor los derechos constitucionales fundamentales al mínimo vital, a la dignidad humana, integridad física y seguridad social.

Como pretensiones solicita sean amparados sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con el derecho a la vida e integridad personal, solicitándose se ordene a FAMISANAR E.P.S. y a su empleador SERVIZIRETH se restablezcan sus derechos y los de su núcleo familiar.

II. TRAMITE

La demanda de tutela fue radicada el día 18 de febrero de 2019 (fl.18) y este Despacho a quien correspondió por reparto, en providencia de la misma fecha, avocó su conocimiento, dispuso la notificación de las partes, solicitó a las entidades accionadas informar a este despacho sobre los hechos que motivaron la Acción de Tutela.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

3.1. FAMISANAR E.P.S. El señor DIEGO ROBERTO GUERRERO ORJUELA en calidad de Gerente Regional Zona Oriente de E.P.S. FAMISANAR S.A.S. contesta la demanda el día 21 de febrero de 2019 (fl. 24 a 29), aduciendo:

Que el actor **se encuentra activo** en el Régimen contributivo en calidad de cotizante dependiente como empleado de SERVIZIRETH desde el mes de julio de 2014, no obstante que el empleador no ha realizado el aporte a salud correspondiente al mes de octubre de 2018, motivo por el cual la afiliación puede presentar inconsistencias para la prestación de los servicio.

Que actualmente la activación se encuentra ACTIVA lo que le permite al actor y a su grupo familiar acceder a los servicios en salud.

Solicita se declare improcedente la presente acción constitucional por encontrarse frente a un HECHO SUPERADO que conduce a la CARENCIA ACTUAL DE OBJETO, en la medida en la cual la prestación sobre la que versa el amparo ya ha sido satisfecha.

3.2. SERVIZIRETH – El señor JOHN ALBERTO VARGAS PARRA actuando como representante legal de la acciona da contestación a la acción de tutela el día 21 de febrero de 2019 (fl.30 a 79) señalando como ciertos la mayoría de los hechos, informando que se han realizado los pagos a seguridad social en salud de manera oportuna tal como se observa en planillas allegadas con la contestación, indicando que la E.P.S. FAMISANAR nunca informó a SERVIERETH o al accionante la suspensión del servicio tal como contempla el artículo 4 DEL Decreto 47 de 2000, y que en ningún momento el empleador ha desprotegido al trabajador.

Por lo anterior, se opone a las pretensiones de tutela y solicita se condene a la E.P.S. FAMISANAR por cuanto esta ha suspendido el servicio sin encontrar causa alguna justificable pues a la fecha SERVIZIRETH se encuentra a paz y salvo con los aporte a salud.

CONSIDERACIONES.

4.1. Asunto a resolver.

El Juzgado debe establecer si FAMISANAR E.P. S. y SERVIZIRETH S.A.S. vulneraron los derechos fundamentales a la salud en conexidad con el derecho a la vida e integridad

personal del señor LEONARDO ENRIQUE AYALA ACEVEDO y su núcleo familiar, en tanto se encuentra suspendida su afiliación al sistema de salud y no ha podido acceder a servicios médicos.

4.2. La acción de tutela.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la Acción de Tutela es un mecanismo subsidiario, preferente y sumario, que tiene por finalidad la protección inmediata y actual de los derechos fundamentales de las personas, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares, en los casos expresamente consagrados en la ley.

La misma norma en cita dispone que la Ley debe establecer los casos en los que la Acción de Tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio Público y cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

La procedencia de la acción de tutela contra particulares está supeditada a: i) que el particular esté encargado de la prestación de un servicio público; ii) que el particular afecte gravemente el interés colectivo y, iii) que el solicitante se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente al particular. En el mismo sentido, el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, numeral 4º establece lo siguiente: "*Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos (...) 4º Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización*" Sentencia T-707/08, M.P. Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Según el Artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, esta acción es improcedente cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, que en términos de la reiterada Jurisprudencia Constitucional deben ser idóneos, salvo que aquellos se utilicen como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; resulta improcedente cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto, e igualmente, cuando la violación del derecho ocasionó un daño consumado. La protección consiste en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

4.3. Alcance de los derechos invocados.

Lo primero que hay que señalar es que el **derecho a la salud** dejó de ser un derecho fundamental por conexidad con la vida o dignidad humana, como fue otrora la tesis de la Corte Constitucional, para erigirse a través de los pronunciamientos de esa misma Corporación en un **derecho fundamental autónomo**, tal como fue definido en la sentencia T-760 de 31 de julio de 2008, con ponencia del Magistrado, Doctor Manuel José Cepeda Espinosa en la que se precisó:

“La jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud ‘en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal’, para pasar a proteger el derecho ‘fundamental autónomo a la salud’(...). Siguiendo esta línea jurisprudencial, entre otras consideraciones, la Corte Constitucional en pleno ha subrayado que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. [...] En términos del bloque de constitucionalidad, el derecho a la salud comprende el derecho al nivel más alto de salud posible dentro de cada Estado, el cual se alcanza de manera progresiva...”

En esta sentencia la Corte puntualizó que se transgrede el derecho fundamental a la salud cuando se niega la prestación de servicio o medicamento que se requieren con necesidad, aun cuando no están incluidos en el POS:

“2.1.1. ¿Desconoce el derecho a la salud una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios ordenados por el médico tratante, cuando no autoriza a una persona un servicio que *requiere* y no puede costearlo por sí misma, por el hecho de que no se encuentra incluido en el plan obligatorio de salud? La Sala, reiterando jurisprudencia constitucional aplicable, señalará que una entidad encargada de garantizar la prestación de servicios viola el derecho a la salud de una persona cuando no autoriza un servicio que *requiera*, únicamente invocando como razón para la negativa el hecho de que no esté incluido en el plan obligatorio de servicios (*ver apartado 4.4.3.*). Toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios de salud que *requiera con necesidad*, es decir, que hayan sido ordenados por el médico tratante que ha valorado científicamente la necesidad del mismo y que el interesado no tiene para costearlo por sí mismo la capacidad económica (porque su costo es impagable por el interesado dado su nivel de ingreso o le impone una carga desproporcionada para él).

(...)

Como se dijo, el derecho constitucional a la salud contempla, por lo menos, el derecho a acceder a los servicios de salud que se *requieran* (servicios indispensables para conservar la salud, en especial, aquellos que comprometan la vida digna y la integridad personal). En la actualidad el acceso a los servicios depende, en primer lugar, de si el servicio requerido está incluido en uno de los planes obligatorios de servicios de salud a los cuales la persona tiene derecho. Así pues, dada la regulación actual, los servicios que se requieran pueden ser de dos tipos: aquellos que están incluidos dentro del plan obligatorio de salud (POS) y aquellos que no.

(...)

Ahora bien, en ocasiones el médico tratante requiere una determinada prueba médica o científica para poder diagnosticar la situación de un paciente. En la medida que la Constitución garantiza a toda persona el acceso a los servicios de salud que *requiera*, toda persona también tiene derecho a acceder a los exámenes y pruebas diagnósticas necesarias para establecer, precisamente, si la persona sufre de alguna afección a su salud que le conlleve requerir un determinado servicio de salud. Esta es, por tanto, una de las barreras más graves que pueden interponer las entidades del Sistema al acceso a los servicios que se requieren, puesto que es el primer paso para enfrentar una afección a la salud. Así pues, no garantizar el acceso al examen diagnóstico, es un *irrespeto* el derecho a la salud

(...)

4.4.3.2. De acuerdo con el orden constitucional vigente, como se indicó, toda persona tiene derecho a que exista un Sistema que le permita acceder a los servicios de salud que *requiera*. Esto sin importar si los mismos se encuentran o no en un plan de salud, o de si la entidad responsable tiene o no los mecanismos para prestar ella misma el servicio requerido. Por lo tanto, si una persona *requiere* un servicio de salud, y el Sistema no cuenta con un medio para lograr dar trámite a esta solicitud, por cualquiera de las razones dichas, la falla en la regulación se constituye en un obstáculo al acceso, y en tal medida, desprotege el derecho a la salud de quien *requiere* el servicio.

(...)

...Actualmente, la jurisprudencia reitera que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando “(i) *la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere*; (ii) *el servicio 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 legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie*; y (iv) *el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.*”[198] En adelante, para simplificar, se dirá que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se *requiera* [que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv)] *con necesidad* [condición (iii)]. Como lo mencionó esta Corporación, “(...) *esta decisión ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud,*[199] *como en el régimen subsidiado,*[200] *indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la*

protección,^[201] a la enfermedad que padece la persona^[202] o al tipo de servicio que ésta requiere.^[203]^[204]

(...)

4.4.3.4. En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que *requiera*. Cuando el servicio que *requiera* no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que sí carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.^[208] (...) - destacados fuera de texto-

Destaca la Corte además que la prestación de los servicios debe ser **oportuna y eficiente**:

“Cuando el servicio incluido en el POS sí ha sido reconocido por la entidad en cuestión, pero su prestación no ha sido garantizada oportunamente, generando efectos tales en la salud, como someter a una persona a intenso dolor, también se viola el derecho a la salud y debe ser objeto de tutela por parte del juez constitucional.^[287] Cuando el acceso a un servicio de salud no es prestado oportunamente a una persona, puede conllevar además de un *irrespeto* a la salud por cuanto se le impide acceder en el momento que correspondía a un servicio de salud para poder recuperarse, una amenaza grave a la salud por cuanto la salud puede deteriorarse considerablemente. Esto ocurre, por ejemplo, en los casos de las personas con VIH o sometidas a tratamientos con antibióticos, donde el suministro oportuno de los medicamentos requeridos es indispensable no sólo para conservar el grado de salud de una persona, sino también para evitar su deterioro”

4.4. Decisión Caso.

Por medio de mecanismo Constitucional el señor LEONARDO ENRIQUE AYALA ACEVEDO, solicita se proteja su derecho fundamental a la salud en conexidad con el derecho de la vida por cuanto ni él ni su núcleo familiar han podido acceder a servicios de salud a razón de encontrarse suspendida su afiliación a FAMISANAR E.P.S. (fl. 11).

Si bien, SERVIZIRETH S.A. indica que ha cumplido sus obligaciones en salud respecto a su empleado, verifica el Despacho que no obra en el expediente pago por aportes a salud del mes de octubre de 2018. En este sentido a pesar de que la empleador demandado aportó copias de las planillas de cotización a pensiones, riesgos laborales y salud entre los folios 36 a 79 por el periodo comprendido entre febrero de 2017 (pensión), marzo 2017 (salud) a diciembre de 2018, se aprecia que la cotización específica para salud del mes de octubre de 2018 debería aparecer a folio 72, empero allí solo se refiere al trabajador “JOSE ALIRIO BECERRA CETINA”, sin que aparezca entonces prueba del pago de la cotización del señor AYALA ACEVEDO, de quien no obstante si obra cotización pero para pensión para el mismo mes de octubre a folio 73

Adquiere entonces acreditación, el señalamiento de FAMISANAR sobre el incumplimiento de la obligación de pago por parte del empleador, sin embargo y tal como lo considera la Jurisprudencia constitucional tal situación no es óbice para negar o entorpecer la prestación de los servicios de salud:

“... la suspensión de los servicios de salud por mora en el pago de aportes, ha sido estudiada en esta Corporación, a partir de dos tipos de casos que han llegado a conocimiento de las diferentes Salas de Revisión:

(i) cuando se trata de suspensión al acceso de servicios de salud de afiliados que registran mora, porque sus empleadores no han efectuado el aporte mensual al Sistema de Salud. En tales casos, la Corporación ha interpretado que las EPS deben hacer uso de la competencia para ejercer el cobro de

lo debido, con base en el dispuesto en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, a fin de garantizar tanto la sostenibilidad del Sistema, como asegurar el pago efectivo de los derechos amparados, y la continuidad en la prestación de los mismos. No requerir al empleador para el pago de los aportes en mora, a pesar de existir los mecanismos para hacerlo, es lo que se constituye en el *allanamiento a la mora*. Para la Corte, entonces, el no pago de los aportes, y de forma subsecuente, la falta de la diligencia de la entidad responsable en cobrarlos, **no puede afectar los derechos del trabajador, a quien mensualmente se le han descontado las sumas legales para cubrir sus cotizaciones**. Este es un caso recurrente en la jurisprudencia, no sólo frente al acceso a los servicios de salud, pero también de otras prestaciones que se derivan del Sistema, como la licencia de maternidad y las incapacidades;[7] ...” T. 724 de 2014. – se destaca-

Así las cosas, si bien FAMISANAR aduce que la suspensión de la afiliación puede deberse a inconsistencias en el sistema en virtud de la mora por parte del empleador, **dicha suspensión es contraria a los mandatos constitucionales y supone vulneración a los derechos del accionante**, puesto que los inconvenientes que se presenten respecto a la entidad prestadora de salud y el patrono no deben influir de ninguna manera en la prestación del servicio médico.

Bajo tal entendido la EPS es responsable de la violación constitucional de los derechos a la salud DE LEONARDO ENRIQUE AYALA ACEDEVO y su núcleo familiar, cuando además, bueno es destacarlo, ha podido además de cobrar al empleador informarle de la no recepción de pago como bien lo cita la empresa accionada en aplicación de lo normado en el artículo 4 del Decreto 47 de 2000.

No obstante lo anterior, considerando que FAMISANAR E.P.S. insiste en que la afiliación del señor AYALA ACEVEDO se encuentra **activa** anexando como prueba pantallazo de su sistema (fl. 27), a lo cual agrega que *“le permite acceder a los servicios de salud respectivos”* encuentra este Juzgado que la EPS habría reencausado su comportamiento para posibilitar que los servicios de salud se materialice y en tal virtud, siendo este asunto un debate relativo a la eliminación del obstáculo para que ello se verifique, debe entenderse amén de tal manifestación ha presentado el fenómeno del hecho superado; bajo el entendido de que lo deprecado en sede constitucional es justamente *“se me restablezca mi derecho a la salud”*

En todo caso, lo anterior no será óbice para señalar a la EPS FAMISANAR que bajo ningún supuesto, la mora del empleador en el pago de las cotizaciones puede justificar constitucionalmente la limitación del derecho de acceso a los servicios de salud del empleado y su núcleo familiar.

Por lo demás, no estando a cargo del empleador la prestación efectiva del servicio de salud no se le impondrán ordenes de amparo, sin perjuicio del exhorto para revise minuciosamente el estado de pago de la cotización en salud correspondiente al mes de octubre de 2018.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Civil Municipal de Sogamoso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Denegar la acción de tutela incoada por LEONARDO ENRIQUE AYALA ACEVEDO identificado con C.C. 74.183.598 contra FAMISANAR E.P.S., por carencia actual de objeto por **Hecho Superado**.
2. Sin perjuicio de lo anterior, precisar a la EPS FAMISANAR que bajo ningún supuesto, la mora del empleador en el pago de las cotizaciones puede justificar constitucionalmente la limitación del derecho de acceso a los servicios de salud del empleado y su núcleo familiar.
3. Denegar la acción de tutela incoada por LEONARDO ENRIQUE AYALA ACEVEDO identificado con C.C. 74.183.598 contra SERVIZIRETH S.A.S. por cuanto no aparece demostrado que aquella generara agravio alguno a sus derechos fundamentales.
4. Sin perjuicio de lo anterior, exhortar a SERVIZIRETH S.A.S. para revise minuciosamente el estado de pago de la cotización en salud correspondiente al mes de octubre de 2018.
5. **Notifíquese** este fallo a las partes por el medio más rápido y eficaz de acuerdo a lo establecido en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
6. Si esta sentencia no es impugnada dentro del término de tres días, contados a partir de su notificación, **envíese** a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Consejo Superior
de la Judicatura
FABIÁN ANDRÉS RODRÍGUEZ MURCIA
JUEZ