

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE TUNJA**

Tunja, seis (6) de abril de dos mil diecisiete (2017)

ACCIONANTE: DIANA PAOLA FARFÁN VARGAS en calidad de AGENTE OFICIOSO del señor RICARDO ANDRÉS BAHAMON GARCÍA

ACCIONADO: ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA - MUNICIPIO DE TUNJA - SECRETARÍA DE PROTECCIÓN SOCIAL DE TUNJA-OFICINA ASESORA SISBEN

VINCULADO: CAFESALUD EPS

RADICACIÓN: 15001 33 33 011 2017 00042 - 00

ACCIÓN DE TUTELA

ASUNTO A RESOLVER:

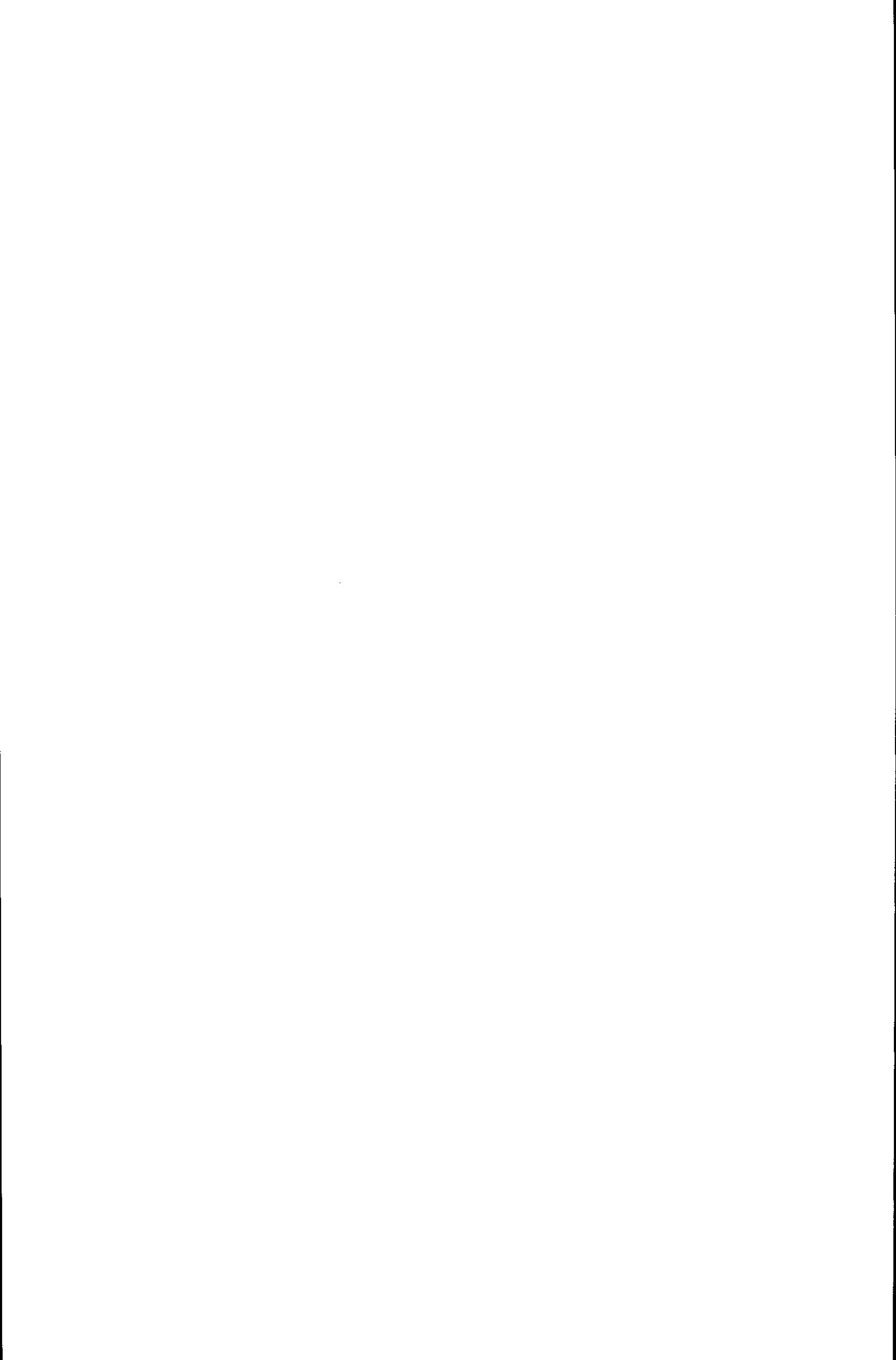
Decide el Despacho en primera instancia la acción de tutela instaurada por DIANA PAOLA FARFÁN VARGAS actuando como agente oficioso del señor RICARDO ANDRÉS BAHAMON GARCÍA, contra la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA - MUNICIPIO DE TUNJA - SECRETARÍA DE PROTECCIÓN SOCIAL DE TUNJA - OFICINA ASESORA SISBEN, siendo vinculada al presente trámite la EPS CAFESALUD, en los términos del artículo 13 del Decreto 2591 de 1991.

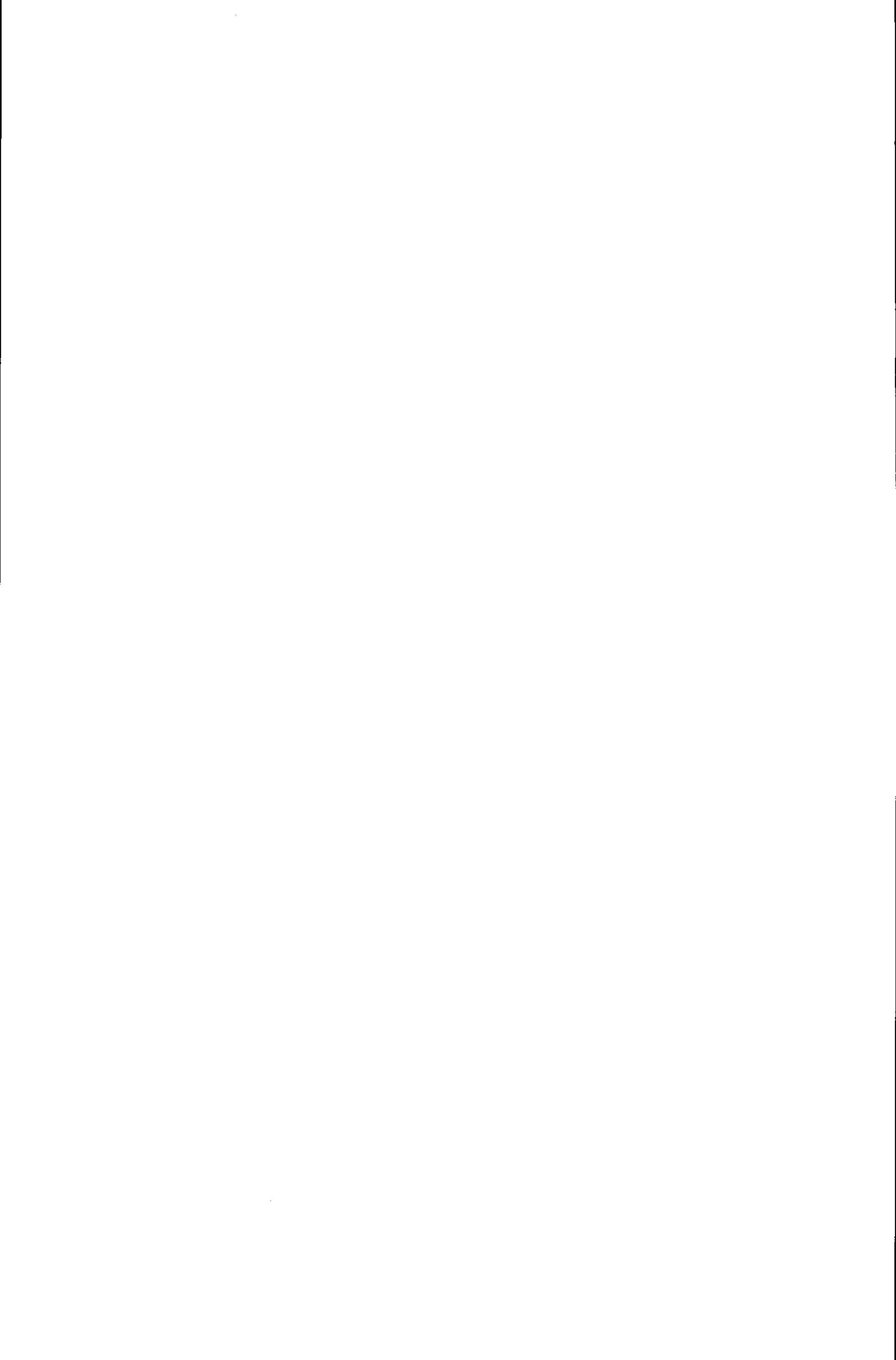
I. ANTECEDENTES:

1. La solicitud de amparo (fl.1-6):

La señora Diana Paola Farfán Vargas actuando como agente oficioso del señor RICARDO ANDRÉS BAHAMON GARCÍA presenta acción de tutela invocando la protección de los derechos fundamentales a la vida, integridad personal, salud y seguridad social. En consecuencia, pide que se ordene a las accionadas:

1. Permitir la salida del paciente sin cobro como particular
2. Efectuar el recobro al sistema de seguridad social en salud
3. Repetir contra el Fosyga.





La parte actora fundamenta sus pretensiones principalmente en los siguientes hechos:

- El 19 de marzo de 2017, el señor Ricardo Andrés Bahamon presentó una lesión en el pie siendo llevado al servicio de urgencias a la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, en donde se dispuso su hospitalización.
- El paciente fue dado de alta el 23 de marzo de 2017, sin embargo, se impidió su salida por adeudar una cuenta superior a tres millones, causada por su ingreso como particular sin afiliación al sistema de seguridad social en salud.
- La familia del señor Bahamon García no cuenta con recursos para pagar la mencionada obligación.
- Si el paciente no tiene afiliación no puede ser tratado como un particular y menos aún puede ser retenido generando mayores costos. En este caso, la institución hospitalaria debe repetir contra el sistema de seguridad social e inclusive contra la Secretaría de Salud, sin que los trámites administrativos puedan ser trasladados al paciente.

2. Trámite procesal surtido en primera instancia:

Mediante providencia de veintisiete (27) de marzo de dos mil diecisiete (2017), el Despacho dispuso admitir la presente acción constitucional, para que en el término señalado las entidades accionadas y la vinculada procedieran a dar respuesta (fl.7-8).

3. Respuesta de las entidades accionadas:

3.1. El **Municipio de Tunja** allega respuesta a la acción de tutela (fl. 16-19), indicando que no está legitimada en la causa por pasiva y que el señor Ricardo Bahamon aparece con un puntaje validado por el Departamento Nacional correspondiente a 60.77, el cual figura en la base certificada del SISBEN. Agrega que el 6 de marzo de 2017 se efectuó una nueva encuesta por solicitud del usuario, que se encuentra en trámite de validación.

3.2. La **Secretaría de Protección Social de Tunja** allega respuesta (fl.30-31) señalando que el señor Ricardo Bahamon García no se encuentra afiliado al régimen subsidiado y que el 27 de marzo de 2017, diligenció formulario de afiliación a la EPS Emdisalud, el cual se encuentra en proceso de validación.

3.4. La **E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja** aporta respuesta (fol. 45-46) manifestando que el paciente egresó de la institución el 24 de marzo de 2017, y que según verificación ante el Fosyga su estado

reportado fue desafiliado de la EPS Cafesalud, por lo que los costos de la atención médica que incluyeron la consulta, realización de paraclínicos, hospitalización, cirugía y materiales de osteosíntesis, asciende a tres millones ochocientos treinta mil ochocientos noventa y seis pesos (\$3.831.896).

Con fundamento en las Leyes 100 de 1993 (art.160), 1751 de 2015 (art.10), y los Decretos 2353 de 2015 y 780 de 2016 (art.2.1.1.10); asegura que es deber de cada ciudadano propender por su aseguramiento para lo cual el Estado facilita la movilidad entre los regímenes de salud, por lo que cuando el usuario pierde la calidad de afiliado al régimen contributivo, que como en este caso ocurrió el 7 de octubre de 2016, este tenía la obligación de notificar la novedad a su EPS, buscando ser encuestado, sensibilizado y afiliado en alguna de las EPS del régimen subsidiado.

Refiere que debido al incumplimiento del deber de aseguramiento que permita el acceso a los servicios de salud, en cabeza del señor Ricardo Bahamon, el ciudadano debe asumir los costos en la prestación de servicios de salud.

Indica que no se le ha negado la salida al tutelante, y que la institución no puede repetir contra el sistema cuando el señor Bahamon García no está incorporado en los listados sensales de personas con amparos especiales como habitantes de calle, población en desplazamiento, víctimas del conflicto armado, entre otros.

Señala que atendiendo a la naturaleza jurídica y misional de la ESE Hospital San Rafael de Tunja, su sostenibilidad se logra a través de la venta de servicios de salud, por lo que es un deber jurídico el cobro de los servicios prestados al señor Ricardo Bahamon García.

Concluye que no existió vulneración de los derechos fundamentales del paciente, como quiera que se prestó la atención médica ajustada a los criterios de calidad definidos en el sistema y las necesidades del paciente; y además, en atención al carácter particular de dicho servicio, la entidad podía reclamar el pago de la obligación comercial adquirida.

3.4. La **EPS Cafesalud** indica que de acuerdo con la auditoría efectuada por el área de operaciones y la base de datos del Fosyga, en la actualidad y para la fecha en que estuvo hospitalizado, el señor Bahamon García se encontraba desafiliado de la EPS Cafesalud, desde el 07 de octubre de 2016.

Luego de referirse a la normativa relativa a la movilidad entre los regímenes de seguridad social, precisa que el usuario cuenta con un

puntaje muy alto, por lo que no cumplió con los requisitos legales para obtener la cobertura en el régimen subsidiado.

Señala que debido a la naturaleza inembargable que poseen los dineros derivados de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, cuando en los fallos de tutela se destinan recursos para cubrir situaciones que deben asumir los empleadores o los propios usuarios, se están destinando recursos públicos de la salud para fines diferentes a los exclusivamente previstos en la ley.

II. CONSIDERACIONES:

1. Problema jurídico:

La señora Diana Paola Farfán Vargas, agenciando los derechos del señor Ricardo Andrés Bahamon García pretende que para la protección de sus derechos fundamentales a la vida, integridad personal, salud y seguridad social, se ordene a Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Tunja - Municipio de Tunja - Secretaría de Protección Social de Tunja - Oficina Asesora Sisben, y la EPS Cafesalud, efectuar los trámites tendientes a que se permita la salida inmediata del paciente sin que se le exija cobro alguno como servicio particular, realizar el recobro por parte de la ESE a la Secretaría de salud, y repetir contra el Fosyga para que sean cubiertos los gastos hospitalarios.

Corresponde entonces al Despacho establecer si las accionadas vulneraron los derechos fundamentales invocados en la demanda de tutela, por cuanto no se le permitió salir de la institución prestadora de salud, y se le exigió el pago directo de los servicios prestados al actor durante el período de hospitalización, por no reportar vinculación alguna a los regímenes de salud.

Para desatar el problema jurídico, el Despacho abordará los siguientes aspectos:

2. Marco jurídico y jurisprudencial:

2.1.- Naturaleza de la acción de tutela.

La acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Carta Política y reglamentada por los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992, 1382 de 2000 y 1834 de 2015, como mecanismo directo y expedito para la protección de derechos fundamentales constitucionales, permite a las personas reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los

mismos, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, siempre que no se disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se trate de impedir un daño irremediable, en cuyo evento procede como mecanismo transitorio.

2.2.- Protección constitucional de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud y a la vida.

Sea lo primero señalar que conforme lo indica el artículo 11 de la Constitución Política, el derecho a la vida es inviolable.

Frente al carácter fundamental del derecho a la seguridad social, la Corte Constitucional ha referido:

"La Seguridad Social es reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional fundamental. De esta manera, los artículos 48 y 49 de la Carta Política establecen la seguridad social por un lado, como un derecho irrenunciable, y por otro lado, como un servicio público, de tal manera que, por la estructura de este derecho, es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución. La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social. Conforme a la jurisprudencia constitucional, el derecho a la seguridad social es un real derecho fundamental cuya efectividad se deriva "de (i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad.

No obstante lo anterior, la misma Corporación advirtió que *"...el carácter fundamental del derecho a la seguridad social no puede ser confundido con su aptitud de hacerse efectivo a través de la acción de tutela. En este sentido, la protección del derecho fundamental a la seguridad social por vía de tutela solo tiene lugar cuando (i) adquiere los rasgos de un derecho subjetivo; (ii) la falta o deficiencia de su regulación normativa vulnera gravemente un derecho fundamental al punto que impide llevar una vida digna; y (iii) cuando la acción satisface los requisitos de procedibilidad exigibles en todos los casos y respecto de todos los derechos fundamentales"*

En desarrollo del mandato constitucional, se expidió la Ley 100 de 1993, donde se reglamentó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sus fundamentos, organización y funcionamiento desde la perspectiva de una cobertura universal¹.

Ahora bien, la Corte ha señalado en muchas ocasiones que, de conformidad con el artículo 49 Superior, la salud tiene una doble connotación: como derecho y como servicio público², precisando que todas las personas deben acceder a él, y que al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación atendiendo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.³

Sobre la naturaleza del derecho, inicialmente, la Jurisprudencia consideró que el mismo era un derecho prestacional. La fundamentalidad dependía entonces, de su vínculo con otro derecho distinguido como fundamental – *tesis de la conexidad* –, y por tanto solo podía ser protegida por vía de tutela cuando su vulneración implicara la afectación de otros derechos de carácter fundamental, como el derecho a la vida, la dignidad humana o la integridad personal.

Es así que luego de una evolución jurisprudencial frente al tema, en la Sentencia T-760 de 2008, la Corte determinó "**la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.**"⁴ En este contexto, estos derechos son fundamentales y susceptibles de tutela, "*declaración que debe ser entendida con recurso al artículo 86 de la Constitución Política que prevé a esta acción como un mecanismo preferente y sumario.*"⁵

A través de sentencia T-594 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte señaló que el derecho fundamental a la salud en relación con las prestaciones establecidas en el POS, tiene dos dimensiones: "*(i) la prestación efectiva, real y oportuna del servicio médico incluido en el POS; (ii) la asunción total de los costos del servicio, por cuenta de las entidades que tienen a su cargo la prestación de los mismos.*"⁶

2.3. Derecho de acceso al servicio de salud:

¹ Artículo 152 de la Ley 100 de 1993.

² Sentencias T-134 del 28 de febrero de 2002 MP. Álvaro Tafur Galvis y T-544 del 18 de julio de 2002 MP. Eduardo Montealegre Lynett.

³ Sentencias T-207 del 12 de mayo de 1995 MP. Alejandro Martínez Caballero; T- 409 del 12 de septiembre de 1995 MP. Antonio Barrera Carbonell y C-577 del 4 de diciembre de 1995 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴ Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵ Sentencia 1024 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-584 de 2013

En cuanto al derecho a gozar del servicio de salud bien sea en el régimen contributivo o subsidiado la Corte Constitucional en sentencia T-611 de 2014, precisó:

"3.2. Implicaciones en materia de afiliaciones al régimen subsidiado de los "participantes vinculados" a partir de la Ley 1438 de 2011

De acuerdo con lo consignado en el artículo 3º de la Ley 1438 de 2011, se reitera que la universalidad es uno de los principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, con el cual se busca el cubrimiento de "todos los residentes en el país, en todas las etapas de la vida".

Por su parte el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento sobre la responsabilidad de las entidades territoriales, bajo el esquema de la Ley 1438 de 2011, manifestó:

"...el entendimiento actual del derecho fundamental a la salud implica no solo el acceso a los servicios de salud en condiciones óptimas de oportunidad, eficiencia y calidad, sino además, para eventos como el que ahora se examina, a ser afiliado a alguno de los regímenes de salud, sea el contributivo o el subsidiado. Esta última premisa deriva del principio de cubrimiento universal ya referido, cuya garantía y observancia recae en las entidades territoriales." (Negrilla fuera de texto)

Así las cosas, en aplicación del principio de cubrimiento universal todos los habitantes del territorio colombiano deben estar vinculados a la seguridad social en salud, bien sea en el régimen contributivo o subsidiado, por lo que en caso de que una persona se encuentre afiliada al régimen contributivo y por falta de capacidad económica no pueda cumplir con el pago de las cotizaciones correspondientes, no le puede ser negado el servicio de salud, sino que la EPS debe garantizar la prestación del mismo hasta que realice los trámites necesarios para conseguir la movilidad al régimen subsidiado.

2.4. De la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el reembolso de gastos médicos.

La Corte Constitucional ha señalado que en principio la acción de tutela es improcedente para obtener el reembolso de los gastos médicos en que haya incurrido el tutelante, por cuanto con la prestación del servicio

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Sentencia de 05 de febrero de 2015. Radicación número: 11001-03-15-000-2014-04332-00. Tutelante: Manuel Eduardo Celeita Forero.

médico requerido se encuentra presuntamente superada la vulneración del derecho a la salud, y además el usuario cuenta con otros mecanismos de defensa judicial previstos en el ordenamiento jurídico para lograr el reembolso de los dineros que considera no debió asumir. También precisó que la anterior regla no es absoluta, pues en algunos eventos se requiere la intervención de juez constitucional para ordenar de manera excepcional el reembolso del dinero pagado por servicios de salud no suministrados por las EPS, definidos así:

(i) Cuando se niegue la prestación de un servicio de salud incluido en el Plan Obligatorio de Salud, sin justificación legal.

Sobre este aspecto, conviene reiterar que el acceso a cualquier servicio de salud cuya prestación se requiera y que se encuentre previsto en los Planes Obligatorios de Salud, es derecho fundamental autónomo. De tal suerte que su negación comporta la vulneración del derecho a la salud, y, en esa medida, es posible acudir al juez de tutela, en procura de obtener su protección.

(ii) Cuando dicho servicio haya sido ordenado por médico tratante adscrito a la E.P.S. encargada de garantizar su prestación.

Por regla general, para que proceda la autorización de un servicio de salud se requiere que el mismo haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS encargada de garantizar su prestación. No obstante, de forma excepcional, es posible ordenar su suministro, incluso por vía de tutela, aun cuando aquel haya sido prescrito por un médico particular, cuando el concepto de este último no es considerado por la EPS, ni para controvertirlo ni para confirmarlo.

En otras palabras, es procedente la orden de reembolso de gastos médicos por vía de tutela cuando el servicio requerido fue prescrito por un médico particular, siempre y cuando la EPS obligada a su prestación, no haya controvertido dicha opinión médica con base en criterios científicos o técnicos, y el servicio se requiera con necesidad.”⁸ (Resalta el Despacho)

3.- CASO CONCRETO:

De acuerdo a los supuestos fácticos y medios probatorios obrantes en el plenario el Despacho encuentra acreditado lo siguiente:

Según el informe de epicrisis y la factura de venta No.2661201 aportados por la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja (fl.49-52), se pudo

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-148 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

verificar que el señor Ricardo Andrés Bahamon ingresó a dicha entidad el 19 de marzo de 2017, siendo atendido por el servicio de urgencias, y que luego de que se le practicaran exámenes diagnósticos, se determinó que había sufrido fractura de peroné y luxación de la articulación del tobillo, por lo que le fueron suministrados algunos medicamentos y le fue realizado tratamiento médico quirúrgico, terapias físicas y radiografía de tobillo (fl. 49-52).

De igual forma, en el trámite de la presente acción de tutela se informó que el egreso del paciente de la institución prestadora de salud ocurrió el día 24 de marzo de 2017 (fl.51), y que el accionante tuvo que asumir los gastos que se ocasionaron en la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, por valor de \$3.830.896, a lo cual abonó \$200.000 y suscribió un pagaré por el saldo de \$3.630.896 (fl.53).

De acuerdo a lo anterior, advierte el Despacho que en ningún momento se le negaron al paciente los servicios médicos requeridos con ocasión del accidente sufrido, pues se le garantizó la atención integral desde su ingreso a urgencias hasta la hospitalización y cuidados posteriores, así mismo fue permitida su salida el 24 de marzo de 2017, por lo que tales aspectos evidencian que no se incurrió en un desconocimiento o amenaza del derecho a la salud por parte de las entidades accionadas. Y además, en la historia clínica no se observa que el médico tratante hubiera ordenado procedimientos adicionales a los prescritos y practicados que constan en la historia clínica.

Ahora bien, frente a las pretensiones económicas que se reclaman a través de la presente acción, precisa el Despacho que debe acudirse a las subreglas establecidas por la Corte Constitucional en estos casos, las cuales indican que la tutela resulta ser improcedente para ordenar el reembolso de los gastos en los que haya incurrido el paciente, salvo que se niegue la prestación de un servicio de salud incluido en el POS o que el médico tratante adscrito a la E.P.S haya avalado un servicio médico prescrito por un médico particular, presupuestos que no concurren en este caso, pues se demostró que el usuario pudo acceder a un tratamiento integral durante su permanencia en la E.S.E. Hospital San Rafael y que además no se encuentra pendiente la realización de procedimientos o suministro de medicamentos, por lo que no hay lugar al reembolso por este medio.

No obstante, pese a que se verificó que no existen procedimientos pendientes por realizar, y por ese motivo no hay lugar a proteger los derechos fundamentales invocados, recuerda el Despacho que en atención a que el derecho a la salud se erige sobre el principio de cubrimiento universal, el accionante no puede quedar excluido del servicio de salud de manera indefinida.

Y es que en este caso el usuario no pudo ser beneficiario de la movilidad a la que están obligadas las EPS cuando el cotizante pierde la capacidad de pago, por cuanto reporta un puntaje muy alto en el sisben, motivo por el cual, tuvo que solicitar la práctica de una nueva encuesta, que según lo informado por el Municipio de Tunja, fue realizada el 6 de marzo de 2017, pero se encuentra aún sin validar (fl.18).

El día 27 de marzo de 2017, el señor Ricardo Bahamon García radicó solicitud de afiliación ante la EPS Emdisalud (fl. 33-34), sin que a la fecha se haya reportado la novedad en la base de datos única de afiliación al Sistema de Seguridad Social⁹, y en tal sentido, en la actualidad el actor no cuenta con seguridad social en salud.

Así las cosas, si bien el presente medio resulta ser improcedente para ordenar la devolución de los dineros adeudados por concepto de los gastos médicos que surgieron durante la hospitalización del señor Bahamon García, se exhortará al Municipio de Tunja-Secretaría de Protección Social-Oficina Sisben para que proceda a reportar el resultado de la encuesta del sisbén en la base de datos correspondiente, en procura de que la EPS-S pueda estudiar la posibilidad de que el usuario sea afiliado al régimen subsidiado de manera inmediata.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo solicitado, frente a las pretensiones económicas referidas en la solicitud de amparo y relacionadas con el pago de la atención médica prestada por el Hospital San Rafael de Tunja.

SEGUNDO: NEGAR el amparo de los derechos a la salud, la vida, integridad y la seguridad social invocado por la parte actora, de acuerdo a las motivaciones de esta providencia.

TERCERO: EXHORTAR al Municipio de Tunja - Secretaría de Protección Social - Oficina Sisbén para que de manera inmediata proceda a reportar el resultado de la visita realizada contenida en la ficha 41719, en la base de datos correspondiente, informando lo correspondiente a la EPS-S Emdisalud, en procura de que esta pueda estudiar la posibilidad de que el usuario sea afiliado al régimen subsidiado.

⁹http://190.7.110.162:8010/InternetBDUA_GEL/Pages/RespuestaConsulta.aspx?tokenId=kflb3YhwUzQ=

CUARTO: NOTIFICAR a los interesados en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y en caso de no ser impugnada esta decisión, remítase el expediente a la H. Corte Constitucional, para su eventual revisión, en los términos del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez