



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, once (11) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación No: 150013333012-2016-00026-00
Demandante: DIEGO ARMANDO ROJAS MENDIETA
Demandado: NUEVA EPS- HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA
Vinculado: URBANIZACIÓN ARBORETOS

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro de la acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de Constitución Política y desarrollada por los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, interpuesta por la Defensoría del Pueblo, como agente oficiosa en nombre del Señor ARMANDO ROJAS ESCOBAR, quien a su vez actúa en representación del señor **DIEGO ARMANDO ROJAS MENDIETA**, en contra de la **NUEVA EPS y el HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA**.

Dentro del trámite el despacho ordenó vincular a la **CONSTRUCTORA ARBORETOS DE TUNJA**.

I. ANTECEDENTES

1. Derechos invocados como violados.

La Defensoría del Pueblo, como agente oficiosa en nombre del Señor ARMANDO ROJAS ESCOBAR, quien a su vez actúa en representación del señor **DIEGO ARMANDO ROJAS MENDIETA**, en ejercicio de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, acude ante esta jurisdicción con la finalidad de que se protejan sus derechos fundamentales a la salud, a la dignidad humana, integridad personal y seguridad social en conexidad con la vida consagrados en la Constitución Política.

2. Hechos que dan lugar a la acción.

- Que el señor Armando Rojas Escobar acudió a esa Institución Defensora de los derechos humanos, para que en nombre de su hijo impetre acción de tutela por la vulneración de los derechos mencionados.
- Que el señor Diego Armando Rojas Mendieta se encuentra como afiliado activo a la NUEVA EPS, como puede verificarse en la base de datos del Fosyga y que para la fecha de presentación del medio constitucional de la referencia está hospitalizado en el Hospital San Rafael de la ciudad de Tunja porque fue víctima de unas puñaladas y golpe en la cabeza.
- Que el Hospital San Rafael de Tunja aduce que los costos de la prestación del servicio de salud que requiere el paciente deben ser asumidos por el mismo porque en el sistema aparece en mora.
- Que el agenciado no tiene trabajo y no cuenta con los recursos económicos para sufragar los gastos médicos, máxime cuando no ha podido afiliarse al SISBEN por cuanto en el FOSYGA registra como ACTIVO de la NUEVA EPS.

- Finalmente, argumenta que el Hospital exige al paciente y a su núcleo familiar que paguen determinada suma de dinero en efectivo para que puedan darle de alta al paciente, sin aceptar un pagaré.

3. Objeto de la acción.

De la lectura del escrito contentivo de la acción de tutela se deduce que el accionante solicita que se le amparen sus derechos constitucionales a la salud, a la dignidad humana, integridad personal y seguridad social en conexidad con la vida para que se ordene a la NUEVA EPS asumir todo el gasto del afiliado, sin perjuicio de que realice el recobro ante el empleador, así mismo pretende se le ordene al Hospital San Rafael de Tunja ejercer el derecho de recobro a la EPS accionada, sin que haya lugar a un cobro directo al actor o a su núcleo familiar, igualmente se le ordene no establecer condiciones de pago para que le puedan dar de alta al paciente.

De otra parte, pretende se ordene a la NUEVA EPS desafiliar al actor sin exigir paz y salvo para que pueda afiliarse al SISBEN por no contar con capacidad económica de pago.

4. Ratificación:

El señor DIEGO ARMANDO ROJAS MENDIETA identificado con la cédula de ciudadanía número 1.049.641.938 de Tunja se presentó ante este Despacho el 7 de abril de 2016 para RATIFICAR el contenido de la acción de tutela de la referencia (fl. 37).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

A pesar de que la NUEVA EPS, el Hospital San Rafael de Tunja y la Constructora o Urbanización Arboretos fueron debidamente notificados como se observa a folios 20, 21 y 36 respectivamente, no dieron contestación a la presente acción de tutela.

Así las cosas este despacho dará aplicación al artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 respecto a la falta de contestación de la demanda, el cual prevé:

“ART. 20.- Presunción de veracidad. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa.”

Por lo anterior, los hechos narrados por la parte actora, los cuales motivan la presente acción de tutela, se tendrán por ciertos dentro del presente trámite, de conformidad con lo establecido en la norma en cita.

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia consagró el mecanismo de amparo de la acción de tutela, instituido para que toda persona pueda reclamar ante los Jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando alguno de éstos resulte vulnerado o amenazado por acción u omisión de cualquier autoridad pública o por los particulares encargados de la prestación de un servicio público, conforme a lo preceptuado en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Es de la esencia de la acción de tutela el procedimiento breve, sumario y antiformalista que finaliza con un fallo que expresa medidas concretas para que cese o se evite la violación de un derecho fundamental; protección que debe prestarse de inmediato, en tanto que busca evitar o superar un daño evidente, grave e irreparable.

En este contexto, y ante las pretensiones de la parte actora, deben realizarse las siguientes consideraciones:

1. Problema jurídico.

Planteada como se encuentra la controversia que ahora nos ocupa, corresponde al Despacho establecer si por parte de la accionada NUEVA E.P.S., del HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA y de la Constructora o Urbanización Arboretos, se le han vulnerado al Señor DIEGO ARMANDO ROJAS MENDIETA, sus derechos fundamentales a la salud, a la dignidad humana, integridad personal y seguridad social en conexidad con la vida.

2. Procedencia de la acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia contempla la acción de tutela para que las personas puedan reclamar ante los Jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. Dicha norma superior también establece que la acción constitucional en comento sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que ésta se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La norma superior antes referida fue reglamentada mediante el Decreto 2591 de 1991, el cual, en su artículo 2º, señala que los derechos que constituyen el objeto de protección de la acción de tutela son los consagrados en la Carta Política como fundamentales, o aquellos que por su naturaleza permitan su amparo para casos concretos.

Así pues, debe decirse que en el presente caso el actor invoca como derechos presuntamente vulnerados la salud, la vida y la seguridad social, los cuales ostentan linaje fundamental, por lo que resulta procedente su amparo por esta vía procesal.

Ahora bien, el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, establece la procedencia de la acción de tutela, indicando que su interposición es viable contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos que establece el mismo Decreto, siempre que con éstas se vulnere o amenace cualquiera de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política, o que por su naturaleza se consideren como tal. Con todo, dicha disposición prevé que la procedencia de la acción de tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.

De otra parte, el artículo 6º del mencionado Decreto señala las causales de improcedencia de la acción de tutela, indicando, entre otros eventos, aquellos en los cuales se presenta la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, exceptuando la situación en la cual esta acción se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La misma norma señala, además, que la existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

Otros eventos de improcedencia del mecanismo constitucional bajo estudio, también contemplados en la norma antes citada, son los que tienen que ver con circunstancias relativas a que para proteger el derecho se pueda ejercer el recurso de *Habeas Corpus*, se pretenda la protección de derechos colectivos, se haya generado un daño consumado, o se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

De otro lado, el artículo 8º del tantas veces mencionado Decreto 2591 de 1991, prescribe que aun cuando el afectado disponga de otro mecanismo de defensa judicial, procede el amparo por vía de tutela cuando ésta se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. El tenor literal de la comentada norma dispone que **“Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.”** (Negritas fuera de texto)

En suma, puede decirse que la acción de tutela se estructura como un mecanismo judicial que se tramita a través de un procedimiento preferente y sumario para la defensa de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por las acciones u omisiones de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos que la ley establece, al cual puede acudir solamente ante la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial idóneo, salvo que se demuestre la configuración de un perjuicio irremediable que, según la jurisprudencia nacional¹, debe entenderse como un daño inminente e irreparable que por su gravedad amerita el amparo inmediato de manera transitoria.

Así las cosas, al descender al caso concreto, este Despacho encuentra que se ventilan situaciones referentes a conflictos de seguridad social, cuyo conocimiento está asignado a la jurisdicción ordinaria laboral y de la seguridad social de acuerdo al numeral 4 del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social:

“ARTICULO 2o. COMPETENCIA GENERAL. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> **La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:**

(...)

4. <Numeral modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> **Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos.”**(Negrilla fuera de texto)

No obstante lo anterior, en el presente caso debe tenerse en cuenta que dicha vía ordinaria no cuenta con la característica de imprimir un trámite preferencial y sumario, por ende, ante el estado actual de vulnerabilidad manifiesta del actor al encontrarse suspendido por mora en el régimen contributivo de salud en la NUEVA EPS, no tener los medios necesarios para costear el tratamiento médico de recuperación de herida contundente en la mano izquierda con limitación de movilidad (fl.24) y estar incapacitado temporalmente en su mano izquierda como bien lo observó este despacho en la diligencia de ratificación realizada el 7 de abril de 2016 (fl. 37), se hará el estudio de fondo como mecanismo transitorio de protección.

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA Consejera ponente: MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA Bogotá, D.C., febrero veintiséis (26) de dos mil cuatro (2004) Radicación número: 25000-23-27-000-2003-2285-01 (AC) Actor: COOMEVA E.P.S. S.A. Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

3. Principios y carácter fundamental de los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social.

Sobre el particular, sea lo primero indicar que conforme al artículo 11 de la Constitución Nacional, el derecho a la vida es **inviolable**.

Ahora bien, en la sentencia C-463 de 2008 la Honorable Corte Constitucional señaló, acerca de los principios y el carácter fundamental del derecho a la salud, lo siguiente:

“(…) La naturaleza constitucional del derecho a la seguridad social en salud junto con los principios que la informan han llevado a esta Corte a reconocer el carácter fundamental del derecho a la salud.”²

En este orden de ideas, conforme al artículo 49 de la Constitución Política, el cual establece que “la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado”, de manera que “se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”, se establece el carácter universal del derecho a la salud y con ello su fundamentalidad, razón por la cual la Honorable Corte Constitucional, desde sus inicios, ha venido protegiendo este derecho por vía de la acción tutelar.

En virtud del entendimiento del derecho a la salud como un derecho constitucional con vocación de universalidad y por tanto de fundamentalidad, la Corte en su jurisprudencia, ha resaltado la importancia que adquiere la protección del derecho fundamental a la salud en el marco del Estado Social de Derecho, en cuanto afecta directamente la calidad de vida³.

Aunque de manera reiterada la Honorable Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la salud eventualmente puede adquirir el estatus de derecho fundamental autónomo⁴ y por conexidad⁵, de forma progresiva la jurisprudencia constitucional ha reconocido su carácter de derecho fundamental considerado en sí mismo⁶. Al respecto, en la sentencia T-573 de 2005⁷, indicó:

“Inicialmente se dijo que el derecho a la salud no era por sí mismo un derecho fundamental y que únicamente sería protegido en sede de tutela cuando pudiera mostrarse su estrecha conexión con el derecho a la vida. (...) Con el paso del tiempo, no obstante, esta diferenciación tiende a ser cada vez más fluida, hasta el punto en que hoy sería muy factible afirmar que el derecho a la salud es fundamental no sólo por estar conectado íntimamente con un derecho fundamental - la vida - pues, en efecto, sin salud se hace imposible gozar de una vida digna y de calidad - sino que es en sí mismo fundamental. (...)”

Así las cosas, se puede considerar que el derecho a la salud es un derecho fundamental cuya efectiva realización depende, como suele suceder con otros muchos derechos fundamentales, de condiciones jurídicas, económicas y fácticas, así como de las circunstancias del caso concreto. Esto no implica, sin embargo, que deje de ser por ello un derecho fundamental y que no pueda gozar de la debida protección por vía de tutela, como sucede también con los demás derechos fundamentales. (...).” (Negrilla fuera del texto original).

²En concordancia con la norma constitucional, se puede consultar el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, según el cual, “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.” En el mismo sentido, se encuentra la Observación No 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud. “1. 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.”

³Ver entre otros muchos pronunciamientos de esta Corte la sentencia T-597 de 1993

⁴En el caso de los niños, las personas de la tercera edad y las personas con discapacidad física o mental. Al respecto, se pueden consultar las siguientes sentencias: T-085 de 2006, T-850 de 2002, T-1081 de 2001, T-822 de 1999, SU-562 de 1999, T-209 de 1999, T-248 de 1998

⁵Cuando su afectación involucra derechos fundamentales tales como la vida, la integridad personal y la dignidad humana Al respecto, se pueden consultar las siguientes sentencias: T-133 de 2007, T-964 de 2006, T-888 de 2006, T-913 de 2005, T-805 de 2005 y T-372 de 2005

⁶Para el efecto, se pueden consultar las sentencias T-016 de 2007 y T-1041 de 2006.

⁷MP. Dr. Humberto Sierra Porto.

De esta manera, y en aras de proteger los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, en varias ocasiones⁸ la Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el derecho a la prestación igualitaria, universal, continúa, permanente y sin interrupciones **de los servicios de atención médica y de recuperación de la salud.**

Ahora bien, el Alto Tribunal también ha insistido en que el sistema de seguridad social en salud se encuentra intrínsecamente vinculado a la satisfacción, protección y garantía de las necesidades básicas de la población y de contera a la efectividad de los derechos fundamentales, lo cual constituye una razón más para que, por conexidad, se entienda como un derecho fundamental de aplicación y protección inmediata. Cabe recordar aquí que por mandato expreso del artículo 44 Superior, el derecho a la salud de los niños, de las personas de la tercera edad, o sujetos de especial protección constitucional, es fundamental y, por consiguiente, no hay necesidad de relacionarlo con ningún otro para que adquiera tal status.

De otro lado, la jurisprudencia reiterada de la Corte ha puesto de presente cómo, a pesar del carácter primariamente prestacional del derecho a la salud, el mismo debe ser objeto de protección inmediata cuando quiera que su efectividad comprometa la vigencia de otros derechos fundamentales, especialmente el derecho a la vida y a la dignidad personal.

Abundan los casos en los cuales la jurisprudencia sentada en sede de tutela ha amparado el derecho a la salud por considerarlo en **conexión inescindible** con el derecho a la vida o a la dignidad, e incluso al libre desarrollo de la personalidad.⁹

De otra parte, también la Corte ha sostenido que la seguridad social – y por consiguiente la salud – como derecho constitucional, adquiere su connotación de fundamental cuando atañe a las personas de la tercera edad y aquellas **personas cuya debilidad es manifiesta.**¹⁰

Para ahondar en argumentos, resulta importante destacar lo expuesto por la Corte Constitucional en Sentencia T – 391 de 2013, respecto de los componentes del derecho a la seguridad social. Nótese:

“5.1. De conformidad con lo previsto en el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social goza de una doble connotación jurídica. Por una parte, es considerada un servicio público de carácter obligatorio, cuya prestación se encuentra regulada bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en acatamiento de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Y, por otra, se erige como un derecho irrenunciable, que debe ser garantizado a todas las personas sin distinción alguna y que comporta diversos aspectos, dentro de los que se destaca el acceso efectivo al Sistema General de Pensiones en sus dos modelos estructurales: el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad.

5.2. Conforme con su configuración constitucional y dado su carácter de derecho irrenunciable, la seguridad social se inscribe en la categoría de los denominados derechos sociales, económicos y culturales, o de contenido prestacional, los cuales han sido entendidos por la jurisprudencia constitucional como aquellos cuya realización efectiva exige un amplio desarrollo legal, la implementación de políticas encaminadas a la obtención de los recursos necesarios para su materialización y la provisión de una estructura organizacional, que conlleva la realización de prestaciones positivas, principalmente en materia social, para asegurar unas condiciones materiales mínimas de exigibilidad.”¹¹

5.3. Sin embargo, recientemente, la Corte ha venido sosteniendo que, independientemente de su naturaleza, todos los derechos constitucionales, llámense civiles, políticos, sociales, económicos o culturales son fundamentales, en la medida en que “se conectan de manera directa con los valores que el constituyente quiso elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”. Bajo esa concepción,

⁸Sentencias T-837 de 2006, T-672 de 2006, T-335 de 2006, T-922 de 2005, T-842 de 2005, T-573 de 2005, T-568 de 2005, T-128 de 2005, T-442 de 2003, T-1198 de 2003, T-308 de 2005, entre otras.

⁹Cf. entre otras, las sentencias T-409/95, T-556/95, T-281/96, T-312/96, T-165/97, SU.039/98, T-208/98, T-260/98, T-304/98, T-395/98, T-451/98, T-453/98, T-489/98, T-547/98, T-645/98, T-732/98, T-756/98, T-757/98, T-762/98, T-027/99, T-046/99, T-076/99, T-472/99, T-484/99, T-528/99, T-572/99, T-654/99, T-655/99, T-699/99, T-701/99, T-705/99, T-755/99, T-822/99, T-851/99, T-926/99, T-975/99, T-1003/99, T-128/00, T-204/00, T-409/00, T-545/00, T-548/00, T-1298/00, T-1325/00, T-1579/00, T-1602/00, T-1700/00, T-284/01, T-521/01, T-978/01, T-1071/01,

¹⁰Sentencia C- 615-02, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹¹ Consultar, entre otras, las sentencias T-628 de 2007, T-1040 de 2008, T-777 de 2009, T-880 de 2009 y T-176 de 2011.

ha explicado que el contenido prestacional de algunos derechos, es decir, la necesidad de desarrollo legal, económico y técnico, no es lo que determina su carácter fundamental, aun cuando tal hecho sí tiene incidencia directa en la posibilidad de que sean justiciables por vía de tutela, dada su definición y autonomía.

Así, entonces, “la jurisprudencia ha distinguido entre (i) la fundamentalidad de los derechos, que se predica de todos y que surge de su relación con los valores que la Carta busca garantizar y proteger, y (ii) la posibilidad de que los mismos sean justiciables, lo cual, frente a los derechos de contenido prestacional, depende del desarrollo legislativo, reglamentario y técnico necesario para su configuración”¹²

5.4. En ese orden de ideas, la corporación ha evolucionado en el sentido de sostener que el derecho a la seguridad social, dada su vinculación directa con el principio de dignidad humana, tiene en realidad el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos legales que le han dado desarrollo, y excepcionalmente, cuando la falta de ciertos contenidos afecta el mínimo de dignidad y la calidad de vida del afectado. (Negrillas fuera de texto)

Así pues, es notorio cómo la Corte ha dado la interpretación necesaria de las disposiciones constitucionales, a efectos de poder identificar la Seguridad Social como un derecho de carácter fundamental, aún más, cuando se encuentra directamente relacionado con las afectaciones a los mínimos de dignidad y calidad de vida de la persona afectada. Se concluye así, que el derecho indicado es susceptible de ser protegido por vía tutelar, en razón a su núcleo esencial.

4. Del derecho a tener servicio de salud:

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 2011¹³, 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 jurisprudencia 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.”¹⁴.(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 afiliado 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.

5. Análisis del caso concreto.

Habiéndose determinado claramente el contenido de los derechos que la parte actora señala como vulnerados, así como los eventos en los cuales efectivamente

¹² Sentencia T-176 de 2011.

¹³ Artículo 153 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3 de la Ley 1438 de 2011. Principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

¹⁴ 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. Tutelados: Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. – Secretaría Distrital de Salud y otro. Acción de Tutela - Fallo de primera instancia.

se ven transgredidos, se procederá a determinar si le asiste o no razón al accionante en sus planteamientos.

Así las cosas, este Estrado Judicial reitera que el actor considera vulnerados sus derechos a la salud, a la dignidad humana, integridad personal y seguridad social en conexidad con la vida, por parte de la NUEVA E.P.S., del Hospital San Rafael de Tunja y de la Constructora o Urbanización Arboretos, en razón al estado de suspensión del servicio de salud por mora en el régimen contributivo y la negativa de la primera de las entidades mencionadas para proceder a la desafiliación y permitir el acceso del petente al régimen subsidiado para garantizar la prestación de los servicios de salud, teniendo en cuenta el estado de vulnerabilidad manifiesta en el que se encuentra, así como disponer que el Hospital San Rafael no puede exigir suma alguna directamente al actor por los servicios de salud prestados.

Al respecto, debe decirse que dentro del plenario está acreditado que el señor DIEGO ARMANDO ROJAS MENDIETA se encuentra con afiliación activa en el régimen contributivo de salud en la NUEVA EPS S.A. desde el 01 de septiembre de 2015 como cotizante (fl. 8), así mismo, del hecho tercero del introductorio se tiene que el actor se encuentra en mora en sus cotizaciones.

Por otra parte de acuerdo a la EPICRISIS aportada por el Hospital San Rafael de Tunja a folios 24 y 25 se observa que el actor ingreso al servicio de urgencias de dicha entidad el 20 de marzo de 2016 con *“trauma contundente con posterior sangrado dolor y limitación en arcorde (sic) movilidad mano izquierda”* (fl. 24), consulta frente a la que el personal médico dispuso *“hospitalizar para manejo quirúrgico”* (fl. 24 vto.); el 21 de marzo de los corrientes se decidió *“dar egreso con claros signos de alarma y recomendaciones”* (fl. 24 vto), no obstante lo anterior se le dio de alta hasta el día 22 del mismo mes y año por trámites administrativos, entregándole fórmulas, cita de control, recomendaciones y signos de alarma.

En primer lugar, se observa que al actor egresó de la entidad hospitalaria el 22 de marzo de 2016, esto es 6 días antes de interponer la presente acción de tutela, por lo que considera el Despacho que el Hospital San Rafael de Tunja no ha vulnerado derecho fundamental alguno del petente, por cuanto le prestó los servicios, intervenciones, medicamentos y demás tratamientos necesarios para tratar su patología.

Ahora, por otra parte, se observa que una de las pretensiones de la acción de tutela en estudio, gira en torno al pago de los mencionados servicios, como quiera que de acuerdo a su manifestación, la NUEVA EPS S.A. se niega a pagarlos porque se encuentra en mora en las cotizaciones, solicita así, se imponga en cabeza de la mencionada entidad la obligación de prestarle los servicios de salud, sin perjuicio de que ejerza la facultad de recobro ante el empleador.

Frente a dicha petición, debe aclararse que la acción constitucional de tutela es improcedente para resolver controversias económicas entre las distintas entidades que hacen parte del sistema de salud, tal como lo expuso la Corte Constitucional en sentencia T-114 de 2013:

“De lo expuesto se concluye que para determinar el cumplimiento del presupuesto de procedibilidad denominado afectación de un derecho fundamental, se debe tener en cuenta que: (i) la acción de tutela, por regla general, solamente procede para resolver controversias relacionadas con derechos fundamentales, excluyéndose, en principio, los conflictos de carácter eminentemente económico; (ii) no se presenta una vulneración actual a las garantías constitucionales cuando ocurre un hecho superado o un daño consumado.

(...)

En segundo lugar, la Sala manifiesta que la acción de tutela no es el instrumento jurídico para resolver las controversias económicas y contractuales surgidas entre las distintas entidades que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en salud, puesto que existen otros mecanismos idóneos para el efecto.

(...)

Por lo expuesto, la Sala confirmará parcialmente el fallo revisado, en el sentido de declarar improcedente el amparo solicitado, en lo atinente a la controversia económica.” (Negrilla fuera de Texto)

Así las cosas, este no es el escenario procesal para ventilar controversias de tipo económico, como lo es concluir quién debe asumir los gastos de atención médica hospitalaria del actor del 20 al 22 de marzo de 2016, sin embargo en la mencionada providencia la Corte Constitucional en un caso de similares contornos al aquí analizado, a pesar de declarar improcedente el amparo solicitado en lo atinente a la controversia económica, advirtió a la Entidad Hospitalaria ***“que las acciones de cobro, relacionadas con la atención prestada el 22 de julio de 2012, no podrán ser dirigidas en contra del núcleo familiar de la recién nacida, y tampoco podrán condicionarse los servicios médicos, que llegare a requerir Hilda Valentina Angarita Samacá, a la cancelación de dichos gastos.” (Negrilla fuera de texto)***

En consecuencia, en lo que corresponde a la controversia económica que se pretende ventilar en el presente proceso, se concluye que la misma es improcedente, no obstante ello evidenciando el estado de vulnerabilidad manifiesta del actor, por su situación actual de salud y siguiendo el precedente de tutela referido, se dispondrá advertir al Hospital San Rafael de Tunja que las acciones de cobro, relacionadas con la atención brindada del 20 al 22 de marzo de 2016 no podrán ser dirigidas en contra del actor y tampoco podrán condicionarse los servicios médicos que llegare a requerir a la cancelación de dichos gastos.

Por otra parte, el actor solicita se ordene a la NUEVA EPS desafiliar al accionante sin exigir paz y salvo de ninguna naturaleza para que pueda afiliarse al SISBEN por no contar con la capacidad de pago y atravesar por una grave incapacidad económica, explicando en escrito del 31 de marzo de 2016 (fl. 22) que inicialmente el actor estuvo vinculado a Caprecom EPS y que actualmente lo está a la NUEVA EPS por ser ésta la Entidad que asumió la afiliación de los usuarios de la primera al ser liquidada, que la empresa que efectuó la afiliación al régimen contributivo del actor fue la Constructora o Urbanización Arboretos de Tunja, que el petente laboró solamente por el mes de septiembre de 2015 y que la empresa no realizó la desafiliación o reportó la novedad a la EPS, lo que implica que aparece activo en el régimen contributivo pero en mora, impidiendo que el usuario se afilie al régimen subsidiado o a otra EPS, **por lo que se encuentra sin servicio de salud.**

Con respecto a esta solicitud, tal como fue expuesto con anterioridad, insiste el Despacho que el accionante no puede quedar excluido del servicio de salud por la configuración de la mora en las cotizaciones del régimen contributivo, más aún cuando la EPS debió hacer uso de la competencia para ejercer el cobro de lo debido, con base en lo 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 *allanamiento a la mora*. Tal como lo ha dicho la Corte, 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.

Ahora bien, no desconoce este despacho el hecho de que el accionante haya laborado solo 1 mes con la empresa “Constructora o Urbanización Arboretos”; no obstante tal situación que estaba a cargo del empleador no fue dada a conocer a la respectiva EPS y como ésta tampoco realizó el cobro de la mora al empleador de manera que se hubiera enterado de la desvinculación de la empresa del accionante; por esa serie de omisiones en las que incurrieron tanto el ex empleador

del accionante como la EPS respectiva no se le puede de ninguna manera negar el servicio de salud al señor Diego Armando Rojas Mendieta.

En consecuencia la NUEVA EPS está en la obligación de garantizarle al actor la prestación del servicio de salud hasta tanto realice los trámites administrativos necesarios para conseguir la movilidad del accionante al régimen subsidiado en aplicación del principio de cubrimiento universal, el que fue estudiado previamente, sin perjuicio de que inicie los trámites pertinentes para conseguir el recobro de los servicios prestados o de las cotizaciones en mora **al empleador del actor**.

Ello en cumplimiento del numeral 3.1. artículo 3 de la Resolución No. 00002635 del 27 de junio de 2014 expedida por el Ministerio de Salud y la Protección Social, el que establece:

“3.1. Continuidad de los afiliados del Régimen Contributivo. Es el derecho de los cotizantes y sus beneficiarios activos en el Régimen Contributivo de los Niveles I y II del Sisbén Metodología III o que sean integrantes de las poblaciones especiales excluidas de la obligación de aplicarse la encuesta Sisbén, de continuar en el Sistema General de Seguridad Social en Salud como afiliados al Régimen Subsidiado, sin solución de continuidad, a partir del registro de la novedad de retiro en la BDUA por la EPS del Régimen Contributivo, sin mediar exigencia de requisito adicional alguno que condicione el disfrute de esa continuidad.

La EPS del Régimen Contributivo debe reportar la novedad de movilidad inmediatamente surtido el trámite del retiro del cotizante y su grupo familiar, en la BDUA.

Los afiliados que se encuentren en mora en el Régimen Contributivo podrán migrar al Régimen Subsidiado una vez el cotizante o aportante informe su retiro a la EPS; lo anterior sin perjuicio de las acciones de cobro de las cotizaciones pendientes de estos afiliados por parte de la EPS. (...)”

Norma de acuerdo a la cual, la EPS del régimen contributivo debe realizar los trámites administrativos necesarios para garantizar la movilidad al régimen subsidiado; y si bien es cierto la norma predica que ello se hará una vez se informe el retiro del cotizante y su grupo familiar, también lo es, que a pesar de encontrarse en mora la NUEVA EPS no realizó los requerimientos correspondientes al empleador, lo que le habría permitido conocer dicha novedad y permitir la movilidad referida.

De lo hasta aquí expuesto, para esta instancia resulta claro que al demandante se le vulneraron sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social, al no recibir por parte de la NUEVA E.P.S., a la cual se encuentra afiliado al no permitir el retiro del mismo para acceder al régimen subsidiado, teniendo en cuenta el estado de vulnerabilidad manifiesta temporal en el que se encuentra el petente.

Tal actuar es contrario a las disposiciones de la Ley 1751 de 2015, Estatutaria del derecho fundamental a la salud, según la cual:

“El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado” (Artículo 2) (Negritas y Subrayas Fuera de Texto).

5. Conclusión.

De conformidad con las consideraciones precedentes, se declarará improcedente el amparo solicitado en lo que respecta a las pretensiones económicas elevadas, pero se advertirá al Hospital San Rafael de Tunja que las acciones de cobro, relacionadas con la atención brindada del 20 al 22 de marzo de 2016 no podrán ser dirigidas en contra del actor y tampoco podrán condicionarse los servicios médicos que llegare a requerir a la cancelación de dichos gastos. Por otra parte se tutelarán los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social del actor, los que están siendo vulnerados por la NUEVA EPS S.A., al no permitir el

retiro del mismo para acceder al régimen subsidiado, teniendo en cuenta el estado de vulnerabilidad manifiesta temporal en el que se encuentra el petente, en consecuencia se ordenará a la NUEVA EPS S.A. garantizarle al actor la prestación del servicio de salud hasta tanto realice los trámites administrativos necesarios para conseguir la movilidad del accionante al régimen subsidiado en aplicación del principio de cubrimiento universal, sin perjuicio de que inicie los trámites pertinentes para conseguir el recobro de los servicios prestados o de las cotizaciones en mora al empleador del actor.

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

F A L L A:

PRIMERO.- DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo solicitado, **frente a la controversia económica** relacionada con el pago de la atención médica prestada por el Hospital San Rafael de Tunja.

SEGUNDO.- ADVERTIR al Hospital San Rafael de Tunja que las acciones de cobro, relacionadas con la atención prestada del 20 al 22 de marzo de 2016 no podrán ser dirigidas en contra del actor y tampoco podrán condicionarse los servicios médicos que llegaré a requerir a la cancelación de dichos gastos.

TERCERO.- TUTELAR con los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social radicados en cabeza del señor **DIEGO ARMANDO ROJAS MENDIETA**, vulnerados por la **NUEVA EPS – SECCIONAL TUNJA**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- ORDENAR al **Director Regional de la NUEVA EPS – SECCIONAL TUNJA**, que garantice al actor la prestación del servicio de salud hasta tanto realice los trámites administrativos necesarios para conseguir la movilidad del accionante al régimen subsidiado.

QUINTO.- PREVENIR a la NUEVA EPS, para que no vuelva a incurrir en comportamientos como los que suscitaron la presente acción.

SEXTO.- INFORMAR a las partes que ésta decisión puede Impugnarse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de éste proveído.

SÉPTIMO.- Para los efectos de notificación de las partes, procédase conforme a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

OCTAVO.- De no ser impugnado el presente fallo, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Original Firmado Por

EDITH MILENA RATIVA GARCIA
JUEZ