

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 113

Santiago de Cali, julio 26 de dos mil diecisiete (2017)

Acción	Tutela
Radicación	76-001-33 33-005-2017-00177-00
Actor	JANETH CASTRO PÉREZ Y OTRO
Accionado	SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL Y OTROS
Juez	CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

El Juzgado Quinto (5º) Administrativo Oral del Circuito de Cali, en sede de jurisdicción constitucional, decide la acción de tutela instaurada por la señora Paula A. Castro Pérez, fungiendo como agente oficiosa de la joven Janeth Castro Pérez, contra la Secretaría de Salud del Departamento del Valle del Cauca y la Secretaría de Salud del Municipio de Santiago de Cali., según lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política. La solicitud de amparo se basó en los siguientes:

1.HECHOS

1.1.- Manifiesta la accionante que su agenciada, señora Janeth Castro Pérez en julio 07 de 2017 tras sufrir un accidente de tránsito fue remitida y atendida en la Clínica Cristo Rey, con cargos a la aseguradora Compañía Mundial de Seguros.

1.2.- Informa que su agenciada no pertenece a ninguna Red de Plan Obligatorio de Salud (EPS), ni ha sido censada por en el Sisben por parte de le Secretaría de Salud del Valle del Cauca.

1.3.- Indica que en la Clínica Cristo Rey fue diagnosticada con:

“(..).Paciente con diagnósticos anotados, con sospecha de ca ovárico aparte con hepatoegalia sin antecedentes personales o familiares, quien requiere nueva intervención quirúrgica para manejo de absceso tubarico roto vs ca abscedado de ovario sin embargo requiere de manejo en conjunto con ginecología por lo que está en trámite de autorización para continuar manejo. En el momento en aceptables condiciones generales. Afebril, hidratado estable hemodinamicamte con signos vitales estables, se decide solicitar para descartar ca de ovario.(...)”

1.4.- Aduce que debido a la complejidad de las lesiones requiere que la Secretaría de Salud

del Departamento del Valle del Cauca asuma los gastos médicos, puesto que su grupo familiar no cuenta con recursos económicos y los 800 smldv que es el tope que cubre el Soat se van a superar.

2. DERECHOS FUNDAMENTALES VIOLADOS

De lo obrante en el proceso se infiere que se solicita la tutela de los derechos fundamentales, a la vida, a la salud y seguridad social. .

3. PRETENSIONES

Solicita lo siguiente:

Que se le ordene a la Secretaría de Salud del Valle del Cauca que se haga cargo de los gastos médicos que requiera para su recuperación de forma integral.

4.SUJETOS DE ESTA ACCIÓN

Accionante: señora Paula A. Castro Pérez, identificada con C.C. No. 38.561.577; actúa como agente oficiosa de la señora Janeth Castro Pérez, identificada con C.C. No. 31.306.631.

Entidad accionada: Secretaría de Salud del Departamento del Valle del Cauca, Secretaría de Salud del Municipio de Santiago de Cali.

Entidades vinculadas: Clínica Cristo Rey, Ministerio de Salud y de la Seguridad Social, Compañía Mundial de Seguros y Comfenalco Valle E.P.S.

5.TRÁMITE PROCESAL

Mediante demanda recibida con fecha julio 12 del año en curso, se recibió en la Secretaría del Despacho la presente acción de tutela con sus correspondientes anexos, fecha en la que por auto interlocutorio No. 519, se avocó su conocimiento y se dispuso correr traslado de la misma a los entes accionados y vinculado, por el término de dos días, para que ejerciera el derecho de defensa y contradicción, si a bien lo tuvieron¹. En la misma providencia se dispuso decretar la medida provisional de protección en favor de la joven Janeth Castro Pérez, ordenándosele a la Clínica

¹ Folios 21-22

Cristo Rey que asumiera la atención en salud que requiere la afectada y, por consiguiente, emitiera las autorizaciones correspondientes y realice los demás trámites administrativos que sean necesarios, con miras a que, lo antes posible, se haga efectiva la cirugía ordenada por el médico tratante con acompañamiento del médico especialista en ginecología. En el evento de no contar con esta especialidad se le ordenó que de manera inmediata contratara, para el presente evento, un médico ginecólogo idóneo. Posteriormente mediante auto de julio de 2017, por solicitud de la parte accionante se ordenó vincular a Comfenalco Valle EPS, en calidad de sujeto pasivo, concediéndole el término de un día para que ejerciera el derecho de defensa y contradicción que le asiste.

Las notificaciones respectivas se produjeron mediante oficios visibles a folios 23 a 30 y 36 del expediente.

6. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

6.1. Secretaría de Salud del Municipio de Santiago de Cali, manifiesta que procedió a verificar el estado de afiliación de la joven Janeth Castro Pérez en la base de datos del Ministerio de la Protección Social - Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), donde constató que no se encuentra afiliada a ninguna EPS del régimen subsidiado ni contributivo y en la base de datos del Departamento Nacional de Planeación tiene un puntaje de 73.49.

Infiere que la actora, al no estar en el Régimen Contributivo, ni estar dentro del Régimen Subsidiado como beneficiaría del Sisben, su situación es de población pobre o vinculada.

Cita jurisprudencia de la Corte Constitucional, para concluir que la Clínica debe prestarle todos los servicios requeridos y la atención integral a causa del accidente de tránsito que sufrió la accionante; estando facultada para hacer los respectivos recobros a la entidad aseguradora que expidió el Soat hasta el monto reglamentado y posterior a esto ante el Fosyga, dado que no se encuentra afiliada a una EPS, ni del Régimen Subsidiado ni Contributivo.

Indica el trámite que se debe realizar la accionante para ser incluida en el Sistema de Seguridad Social en Salud.

Destaca que la situación actual de la accionante, es de población vinculada, que de acuerdo a lo determinado en el artículo 157 de la Ley 100 de 1.993, son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado

tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, siendo así surge la responsabilidad del ente territorial Departamento del Valle del Cauca, de atenderla como población Vinculada en los niveles II, III y IV de atención de salud, dada la complejidad que presenta la accionante, la cual requiere de servicios especializados, mientras el Departamento Nacional de Planeación, la avala y pueda tener acceso al Régimen Subsidiado.

Aclara que esa dependencia, no es prestadora de Servicios en Salud, lo que hace como autoridad sanitaria bajo los preceptos legales que la regulan, es articular esfuerzos para garantizar la salud de la población mediante la rectoría, el direccionamiento de las políticas de salud, el control, la coordinación y la vigilancia del Sector Salud y del Sistema de Seguridad Social en la Salud del Municipio, en un marco de humanización, buenas prácticas, garantía de los derechos y armonización de las relaciones entre los actores del sistema.

Solicita que se les desvincule de la presente acción de tutela, toda vez que no es competente para prestar los servicios de salud que requiere la ofendía. Además que se vincule como litisconsorte necesario al Departamento Administrativo de Planeación Municipal-Oficina del Sisben y se vincule como litisconsorte necesario al Departamento Nacional de Planeación, para que avale la misma y así pueda acceder a afiliarse a una EPS- Subsidiada, si sus condiciones socioeconómicas no le permiten acceder a afiliarse a una EPS Contributiva.

6.2. Ministerio de Salud y Protección Social informa que el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA, es una cuenta adscrita al Ministerio de Salud, hoy de Salud y Protección Social, sin personería jurídica ni planta de personal propia y que debe manejarse a través de encargo fiduciario, hoy en cabeza del Consorcio SAYP.

Indica que el artículo 2.6.1.2. del Decreto 780 de 2016, establece que dicho fondo está conformado por cinco (5) Subcuentas, cada una con una finalidad diferente: una de ellas, es la denominada Subcuenta de seguro de Riesgos Catastróficos y Accidentes de Tránsito - ECAT, la cual tiene por objeto garantizar la atención integral a las víctimas que han sufrido daño en su integridad física como consecuencia directa de accidentes de tránsito, eventos terroristas y catastróficos y aquellos expresamente aprobados por la entidad competente.

Que el artículo 167 de la Ley 100 de 1993, define los tipos de cubrimientos que se derivan por concepto de Riesgos Catastróficos y Accidentes de Tránsito; así mismo, el citado Decreto en su artículo 2.6.1.4.1 reglamenta el funcionamiento de la

Subcuenta del Seguro de Riesgos Catastróficos y Accidentes del Tránsito del Fondo de Solidaridad y Garantía. FOSYGA. y estableció que el mismo tiene por objeto el reconocimiento y pago de los servicios de salud, indemnizaciones y gastos derivados de accidentes de tránsito, eventos catastróficos de origen natural, eventos terroristas y demás eventos aprobados por el Ministerio de Salud y Protección Social.

De otra parte, el artículo 2.6.1.4.3 del Decreto Único Reglamentario define el accidente de tránsito como: *"(...) Suceso ocurrido dentro del territorio nacional, en el que se cause daño en la integridad física o mental de una o varias personas, como consecuencia del uso de la vía por al menos un vehículo automotor (...)"*

Aclara que, el numeral 2 del artículo 2.6.1.4.2.3 del Decreto 780 de 2016 prevé:

"(...) Cobertura. Las cuantías correspondientes a los servicios de salud prestados a las víctimas de accidente de tránsito, de evento catastrófico de origen natural, de evento terrorista o de otro evento aprobado, serán cubiertas por la compañía aseguradora del SOAT o por la Subcuenta ECAT del Fosyga, según corresponda, así: (...)

(...) Por la Subcuenta ECAT del Fosyga, cuando los servicios se presten como consecuencia de un accidente de tránsito en el que el vehículo involucrado no se encuentre identificado o no esté asegurado con la póliza del SOAT, en un valor máximo de ochocientos (800) salarios mínimos legales diarios vigentes (smldv), al momento de la ocurrencia del accidente de tránsito.(...)

(...) Parágrafo 1: Los pagos por los servicios de salud que excedan los toques de cobertura establecidos en el presente artículo, serán asumidos por la entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo o Subsidiado a la que se encuentra afiliada la víctima, por la entidad que administre el régimen exceptuado de que trata el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 cuando la víctima pertenezca al mismo o por la Administradora de riesgos Laborales (ARL), a la que se encuentra afiliada, cuando se trate de un accidente laboral.(...)"

Solicita que se desvincule al Ministerio de Salud y Protección Social de la presente acción constitucional pues considera que no está vulnerando los Derechos Fundamentales de la accionante.

6.3. Secretaría de Salud del Departamento del Valle del Cauca, manifiesta que revisada las Base de Datos Única de Afiliación al Sistema de Seguridad Social del Ministerio Protección Social - Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud - Fosyga, la afectada, se encuentra retirada de la E.P.S. Comfenalco desde el 05/07/15.

Así mismo en la base de datos única del DNP la actora no registra datos de información en el Sisben, motivo por el cual no se le permite acceder al Régimen Subsidiado, hasta tanto sea encuestada, asignado puntaje y nivel. Agrega que la actora en este momento no puede clasificarse como población pobre no asegurada.

Aclara que tratándose de población que no está clasificada como pobre no asegurada por no

estar encuestada y asignado puntaje - Nivel 1 o 2 Del Sisben, se hace indispensable que se vincule a la acción de tutela, a la Alcaldía Municipal De Cali - Departamento Administrativo de Planeación Municipal- Oficina Del Sisben de Cali, entidades competentes para orientar y gestionar la encuesta al Sisben, para que realicen la encuesta que determine la situación socioeconómica actual de la afectada.

Frente a la solicitud de que sea la Secretaria de Salud Departamental del Valle del Cauca quien asuma los servicios médicos por encontrarse agotado el SoaT y no estar vinculado al régimen subsidiado y por ende a una EPS, Indica que una víctima de accidente de tránsito deben ser tenidas en cuenta por las diferentes entidades vinculadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, llámese los establecimientos hospitalarios o clínicos, privados o públicos. Es decir, deben brindar una atención médica en forma integral a los accidentados, desde la recepción en urgencias hasta su rehabilitación, aclarando que las empresas aseguradoras con las cuales se contrata el Soat, aunque son responsables de administrar el capital que cubre la atención médica que requiere el lesionado, no son las encargadas de prestar directamente los servicios de salud.

Pone de presente que en relación con la atención integral, la Superintendencia de Salud ordenó en la Circular Externa Número 14 de 1995 que:

"La entidad que haya prestado la atención inicial de urgencias, tiene responsabilidad sobre el paciente hasta el momento en que le dé de alta si no ha sido objeto de remisión. Si el paciente ha sido remitido, su responsabilidad llega hasta el momento en que el mismo ingrese a la entidad receptora.

Esta responsabilidad está enmarcada por los servicios que preste, el nivel de atención y grado de complejidad de cada entidad y sí la entidad que recibe en primera instancia al paciente, no cuenta con la capacidad técnica científica para atenderlo, y debe remitirlo, la entidad receptora también está obligada a prestar la atención inicial de urgencias hasta alcanzar la estabilización del paciente.

Concluye que, quien ha sufrido un accidente de tránsito tiene derecho a la continuidad en la prestación de los servicios médicos que necesita para su recuperación y la IPS o cualquier entidad de la misma naturaleza asistencial que lo atienda, en primera instancia, tiene el deber de remitirlo a un centro capaz de brindarle los servicios que requiera. Dichas instituciones son responsables de la atención integral de sus usuarios.

Así la cosas, le corresponde a la Clínica Cristo Rey suministrar los servicios de

salud que requiere la paciente en las intervenciones en forma Integral y oportuna, recobrando ante el Fosyga.

6.4. Comfenalco Valle EPS aduce que una vez revisado el sistema de información se encuentra que la Señora Janet Castro Pérez identificada con CC No 31306631 se encuentra afiliada en esa Entidad en calidad de cotizante dependiente de Servicios Generales de Construcción SAS desde el 10 de julio de 2017. Agrega que accionante queda a la fecha con cobertura inicial dado a que no cotizaba desde el año 2015.

Informa que no ha negado la prestación del servicio a la usuaria, agrega que realizó la afiliación a la EPS el 10 de Julio por lo que se encuentra con cobertura inicial de urgencias, que una vez supere el tope del SOAT puede acceder a los servicio por la EPS para lo cual debe presentar certificación de superación del tope del SOAT.

Cita el Decreto 056 de 2015 que se establece las reglas para el funcionamiento de la Subcuenta del Seguro de Riesgos Catastróficos y Accidentes de Tránsito (ECAT), y las condiciones de cobertura, reconocimiento y pago de los servicios de salud, indemnizaciones y gastos derivados de accidentes de tránsito, eventos catastróficos de origen natural, eventos terroristas o los demás eventos aprobados por el Ministerio de Salud y Protección Social en su calidad de Consejo de Administración del Fosyga, por parte de la Subcuenta ECAT del Fosyga y de las entidades aseguradoras autorizadas para operar el Soat.

"Artículo 9º. Cobertura.

Las cuantías correspondientes a los servicios de salud prestados a las víctimas de accidente de tránsito, de evento catastrófico de origen natural, de evento terrorista o de otro evento aprobado, serán cubiertas por la compañía aseguradora del SOAT o por la Subcuenta ECAT del Fosyga, según corresponda, así:

"(...) Por lo compañía aseguradora, cuando tales servicios se presten como consecuencia de un accidente de tránsito en el que el vehículo involucrado se encuentre amparado con la póliza del SOAT, en un valor máximo de ochocientos (800) salarios mínimos legales diarios vigentes (smldv), al momento de la ocurrencia del accidente de tránsito.

En los casos de accidentes de tránsito en que hayan participado dos o más vehículos automotores asegurados, cada entidad aseguradora correrá con el importe de las indemnizaciones a los ocupantes de aquel que tenga asegurado. En el caso de los terceros no ocupantes se podrá formular la reclamación a cualquiera de estas entidades; aquella a quien se dirija la reclamación estará obligada al pago de la totalidad de la indemnización, sin perjuicio del derecho de repetición, a prorrata, de las compañías entre sí.

En los casos de accidentes de tránsito en que hayan participado dos o más vehículos automotores y entre ellos haya asegurados y no asegurados o no identificados, se procederá según lo previsto en el inciso anterior para el caso de vehículos asegurados, pero el reconocimiento y pago de los servicios de salud, indemnizaciones y gastos de los ocupantes del vehículo o vehículos no asegurados o no identificados y el pago a los terceros, estará a cargo del Fosyga.

(...)Por la Subcuenta ECAT del Fosyga, cuando los servicios se presten como consecuencia de un accidente de tránsito en el que el vehículo involucrado no se encuentre identificado o no esté asegurado con la póliza del SOAT, en un valor máximo de ochocientos (800) salarios mínimos legales diarios vigentes (smldv), al momento de la ocurrencia del accidente de tránsito.(...)"

Parágrafo 1°.

“(..).Los pagos por los servicios de salud que excedan los topes de cobertura establecidos en el presente artículo, serán asumidos por la Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo o Subsidiado a la que se encuentra afiliada la víctima, por la entidad que administre el régimen exceptuado de que trata el artículo.

Parágrafo 2°.

(...) Cuando se trate de población no afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, una vez superados los topes, dicha población tendrá derecho a la atención en salud en instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas que tengan contrato con la entidad territorial para el efecto. En estos casos, el prestador de servicios de salud, informará de tal situación a la Dirección Distrital o Departamental de Salud que le haya habilitado sus servicios para que proceda a adelantar los trámites de afiliación, de conformidad con las reglas establecidas en la Ley(...).”

Sobre la improcedibilidad la acción de tutela, manifiesta que el artículo 86 de la Constitución Nacional consagra la acción de tutela, como medio para reclamar ante el Juez la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. Por lo anterior es presupuesto básico y esencial de su procedencia la vulneración o amenaza de un derecho fundamental.

Finalmente dice que los tratamientos médicos, quirúrgicos y la entrega de medicamentos por parte de las Empresas Promotoras de Salud, puede ordenarse por vía de tutela cuando verdaderamente se esté negando el servicio al usuario, situación que no se presenta en este caso respecto de la EPS por cuanto en ningún momento se evidencia negación alguna, por lo que esta tutela se torna improcedente.

6.5. CLÍNICA CRISTO REY, no contestó la presente acción de tutela.

7 CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

7.1 Competencia

Este despacho judicial es competente para conocer de la presente acción de Tutela, de conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en armonía con el artículo 1° numeral 1° inciso 3° del Decreto 1382 de 2000.

7.2 Acción de tutela – Marco general

La tutela es una acción pública de carácter subsidiaria, residual y autónoma, por medio de la cual es posible ejercer el control judicial de los actos u omisiones de los

órganos públicos o de los entes privados que puedan vulnerar derechos fundamentales, a través de un procedimiento preferente y sumario, salvo las excepciones establecidas en la ley para su procedencia.

Este mecanismo fue introducido a nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, según el cual toda persona por sí misma o por quien actúe a su nombre, tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar 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 o de los particulares en los casos previstos en la ley, y sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, agregando a renglón seguido que dicha protección consistirá *“en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo”*.

Según el texto constitucional, para que el amparo proceda, no basta que se compruebe la vulneración o amenaza de uno o más derechos fundamentales, sino que es indispensable que el solicitante de la tutela no cuente con otro medio de defensa judicial al que pueda acudir para lograr su protección, a no ser que utilice el mecanismo para evitar un perjuicio irremediable².

No puede perderse de vista que la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria³, y no está diseñada para reemplazar las acciones judiciales ordinarias a las cuales la persona puede acudir para hacer valer sus derechos. La acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera tal que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza.

En el caso que nos ocupa, la demandante considera que se le ha vulnerado su derecho a tratamiento integral que requiere ser adelantado en forma oportuna, completa, eficaz y eficiente para evitar una afectación más grave de su salud e integridad personal.

7.2.1 Derecho a la Salud y al tratamiento integral

² Corte Constitucional, Sentencia T-983 de 13 de septiembre de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-585 del 29 de julio de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

En cuanto al derecho a la salud, desde el punto de vista jurisprudencial, la Corte Constitucional en sentencia T 121 de marzo 26 de 2015⁴, definió que la salud tiene dos facetas distintas, que se encuentran estrechamente ligadas: por una parte, se trata de un servicio público vigilado por el Estado; mientras que, por la otra, se configura en un derecho que ha sido reconocido por el legislador estatutario como fundamental, de lo que se predica, entre otras, su carácter de irrenunciable. Además de dicha condición, se desprende el acceso oportuno y de calidad a los servicios que se requieran para alcanzar el mejor nivel de salud posible y. **en tal sentido la prestación del servicio de salud debe ser oportuna, eficiente y de calidad.** Se resalta.

El derecho a la salud implica entonces, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a todos los servicios, facilidades, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo. Por ello, según el legislador estatutario, el sistema de salud:

“(...) Es el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud (...)”

Este mandato implica que el sistema debe brindar servicios de **promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, paliación y todo aquello necesario para que el individuo goce del nivel más alto de salud posible o al menos, padezca el menor sufrimiento posible.** Se resalta nuevamente. En virtud de este principio, se entiende que toda persona tiene el derecho a que se garantice su salud en todas sus facetas, esto es, antes, durante y después de presentar la enfermedad o patología que lo afecta, de manera integral y sin fragmentaciones.

En el ámbito internacional, se ha destacado que este derecho implica que se le asegure a las personas, tanto individual como colectivamente, las condiciones necesarias para lograr y mantener el “*más alto nivel posible de salud física y mental*”. Para ello, sin duda alguna, es necesario prever desde el punto legal y regulatorio, condiciones de acceso en todas sus facetas, desde la promoción y la prevención, pasando por el diagnóstico y el tratamiento, hasta la rehabilitación y la paliación. Por esta razón, se ha dicho que el acceso integral a un régimen amplio de coberturas, es lo que finalmente permite que se garantice a los individuos y las comunidades la mejor calidad de vida posible.

⁴ Magistrado Ponente Dr. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

7.2.2 Derecho a la dignidad humana

De otra parte, debe quedar claro que la conceptualización planteada en la demanda igualmente motiva a éste Despacho a pronunciarse acerca de la conceptualización del derecho y principio de Dignidad Humana. Al respecto tenemos que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, afirma en su artículo 1:

“(...) todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derecho (...).”

Con posterioridad, el concepto de dignidad humana fue retomado por los dos Pactos Internacionales de derechos humanos de 1966 y por la mayoría de los instrumentos condenatorios de una serie de prácticas o directamente contrarias al valor esencial de la persona, tales como la tortura, la esclavitud, las penas degradantes, las condiciones inhumanas de trabajo, las discriminaciones de todo tipo, etc. En la actualidad, la noción de dignidad humana tiene particular relevancia en las cuestiones de bioética⁵, concepto dentro del cual se destaca que:

“(...) un gran número de Constituciones nacionales, sobre todo las adoptadas en la segunda mitad del siglo XX, hacen referencia explícita al respeto de la dignidad humana como fundamento último de los derechos enumerados y como la finalidad esencial del Estado de Derecho. En tal sentido, se destaca la Constitución alemana de 1949, que como reacción a las atrocidades cometidas durante el régimen nazi, establece en su artículo 1° que: «La dignidad humana es intangible. Los poderes públicos tienen el deber de respetarla y protegerla».

“La dignidad humana, contiene elementos subjetivos, que corresponden al convencimiento de que las condiciones particulares de vida permiten alcanzar la felicidad y de elementos objetivos, vinculados con las condiciones de vida que tiene la Persona, para obtenerla. Siendo así se determinó a la Dignidad Humana, como un derecho fundamental.

“La ponderación de estos elementos constituye una parte importante de la evolución del derecho Constitucional de la mayoría de los países, así como una de sus mayores discusiones, sobre todo a la hora de sopesar la Dignidad Humana con otros derechos fundamentales (...).”

Por su parte, la Corte Constitucional Colombiana, definió con ponencia del doctor EDUARDO MONTEALEGRE LYNNET, el concepto de Dignidad Humana, a través de la sentencia T - 881 de 2002⁶:

“(...) Una síntesis de la configuración jurisprudencial del referente o del contenido de la expresión “dignidad humana” como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciados: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.”

⁵ Tomado de la Enciclopedia WIKIPEDIA

⁶ Ob. Cita Enciclopedia WIKIPEDIA

Desde dicho punto de vista, la dignidad humana es concebida como un principio digno de protección por parte de las autoridades y en tal sentido agrega la sentencia en cita:

“(...) El principio de dignidad humana, se constituye como un mandato constitucional, un deber positivo, o un principio de acción, según el cual todas las autoridades del Estado sin excepción, deben, en la medida de sus posibilidades jurídicas y materiales, realizar todas las conductas relacionadas con sus funciones constitucionales y legales con el propósito de lograr las condiciones, para el desarrollo efectivo de los ámbitos de protección de la dignidad humana identificados por la Sala: autonomía individual, condiciones materiales de existencia, e integridad física y moral (...)” se resalta.

Se concluye entonces que todas las autoridades, deben efectuar todas las acciones a su alcance, en aras de garantizar el principio y el derecho a la dignidad humana, al igual que ocurre con el derecho a la salud. La transgresión de tales derechos fundamentales por tanto, es objeto de protección vía acción de tutela, cuya procedibilidad se analiza a continuación.

7.3 Presupuestos para la procedencia de la acción de tutela:

El ejercicio de la acción de tutela, ha sido abordado por la jurisprudencia nacional, que por su parte se ha ocupado de definir los presupuestos para que proceda la acción de tutela a saber:

7.3.1 Que se esté ante la vulneración o amenaza de vulneración de un derecho fundamental por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular, en este evento en los casos señalados en la Ley.

7.3.2. Es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial y,

7.3.3. Que en caso que el afectado cuente con otro medio de defensa judicial, la acción de tutela se interponga como un mecanismo transitorio de protección para evitar un perjuicio irremediable.

8.Problema Jurídico

De acuerdo a lo expuesto, corresponde a este despacho judicial determinar si las entidades accionadas y vinculadas están vulnerado o amenazado el derecho fundamental a la vida, a la salud, a la dignidad humana, con ocasión de la situación de salud en que se encuentra la señora Janeth Castro Pérez.

A efectos de resolver el problema jurídico atrás planteado, entrará el Despacho a:

8.1.- Procedencia de la acción de tutela para la protección del derecho a la seguridad social;

8.1 Analizar el derecho a la salud dentro del marco de la ley estatutaria 1751 del 16 de febrero de 2015.

8.2 Plasmar conceptos jurisprudenciales sobre el derecho fundamental a la vida;

8.1. Procedencia de la acción de tutela para la protección del derecho a la seguridad social

Sobre este aspecto, la Corte Constitucional plasmó las siguientes consideraciones⁷:

“(…) 1. La acción de tutela fue instituida como un mecanismo excepcional para la protección de los derechos fundamentales vulnerados. Y es excepcional, por cuanto en un Estado de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios⁸ para la satisfacción de tal pretensión. De este modo, sólo en el evento en el que los derechos fundamentales resulten afectados o amenazados y los mecanismos ordinarios sean a) ineficaces, b) inexistentes, o c) se configure un perjuicio irremediable -condiciones que se analizan bajo las circunstancias particulares del caso concreto- la acción de tutela es procedente, conforme lo estableció el artículo 86 de la Constitución Política⁹ y el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991¹⁰. (…)

“3. El carácter fundamental del derecho a la seguridad social no es suficiente para que su amparo -ante una posible vulneración o amenaza- proceda por medio de la acción constitucional de tutela. (…)

“De este modo, para que la tutela del derecho a la seguridad social sea procedente es necesario, en primer lugar, que a) se hayan adoptado las medidas de orden legislativo y reglamentario que permitan establecer instituciones encargadas de la prestación del servicio, las condiciones para acceder a la prestación y un sistema que asegure la provisión de fondos, y en segundo lugar, b) se satisfagan los requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela.

De lo anterior se colige, que quien acuda a la acción de tutela no puede tener otro

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T- 427 del 28 de mayo de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁸ Respecto a la existencia de mecanismos judiciales ordinarios en sentencia de tutela T- 453-09 se señaló: *“Fue así como la Constitución Política dispuso un sistema jurídico al que todas las personas tienen derecho a acceder, con el fin de que, en el mismo, todos los conflictos jurídicos fueren resueltos en derecho en virtud de normas sustanciales y procesales preexistentes, erigiendo diversas jurisdicciones (ordinaria -artículo 234-, contencioso administrativo -artículo 236-, constitucional -artículo 239-) y en cada una de éstas determinando la competencia material, las autoridades y las acciones y procedimientos para su acceso.*

De esta forma, el ordenamiento jurídico ofrece normas procesales y sustanciales ejecutadas por autoridades previamente instituidas, para que sean resueltos todos los conflictos que en él sucedan. (…)

Así, la acción de tutela es un mecanismo efectivo para el amparo de los derechos fundamentales cuyo ejercicio ante la existencia de otros medios de defensa judicial, no significa el remplazo de éstos, sino el desarrollo mismo de su finalidad, esto es, que en interés de la salvaguarda de los derechos fundamentales afectados, la acción de tutela procederá de manera excepcional y subsidiaria ante la inexistencia de un medio de defensa judicial o ante la amenaza de configuración de un perjuicio irremediable”.

⁹ *“Artículo 86: Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, 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. (…)* Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” (Resalta la Sala).

¹⁰ Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

“Artículo 6°: CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante” (Resalta la Sala).

mecanismo para acceder a lo pretendido, pues tornaría improcedente su actuar, por cuanto este tipo de acciones son de carácter residual y subsidiario, no obstante, la acción será procedente si el actor acredita haberla interpuesto como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o como mecanismo principal cuando existiendo otro medio de defensa, este sea ineficaz para proteger los derechos fundamentales conculcados.

8.2. El derecho a la salud dentro del marco de la ley estatutaria 1751 del 16 de febrero de 2015.

La expedición de dicha ley, tuvo por objetivo principal garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección. Para ello, fijó unos parámetros bajo los cuales los usuarios deben ser atendidos, estipuló la responsabilidad del Estado frente a quienes requieren los servicios en salud y frente a las instituciones que se encargan de la prestación del mismo.

Dicha ley recogió en gran medida, los pronunciamientos reiterados de la Honorable Corte Constitucional y a los cuales se hizo referencia, respecto del trato digno y oportuno que deben recibir todos los colombianos en el momento de acudir al sistema de atención en salud, en cualquiera de las fases que ésta se solicite.

Para ello citó los elementos y principios en los cuales se basa la protección de este derecho fundamental, tales como: disponibilidad, accesibilidad, calidad e idoneidad profesional, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad del derecho, solidaridad, eficiencia, entre otros. Igualmente, elevó al rango de derecho fundamental el derecho a la salud, definiendo que el mismo es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo, y consagró como sujetos de especial protección a la población adulto mayor¹¹. El artículo 2 de la norma, señala lo siguiente con relación al derecho a la salud:

“(...) 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. (...)”

Respecto a la negación en la prestación del servicio de salud, la citada ley dispone lo siguiente:

¹¹ Artículo 11 de la norma

“Artículo 14. Prohibición de la negación de prestación de servicios. Para acceder a servicios y tecnologías de salud no se requerirá ningún tipo de autorización administrativa entre el prestador de servicios y la entidad que cumpla la función de gestión de servicios de salud cuando se trate de atención de urgencia.

“El Gobierno Nacional definirá los mecanismos idóneos para controlar el uso adecuado y racional de dichos servicios y tecnologías en salud.

“Parágrafo 1º. En los casos de negación de los servicios que comprenden el derecho fundamental a la salud con independencia a sus circunstancias, el Congreso de la República definirá mediante ley las sanciones penales y disciplinarias, tanto de los Representantes Legales de las entidades a cargo de la prestación del servicio como de las demás personas que contribuyeron a la misma.

“Parágrafo 2º. Lo anterior sin perjuicio de la tutela.”

La ley establece entonces, que la salud debe ir más allá de la atención de la enfermedad y por ello prevé los componentes de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, recuperación, rehabilitación y paliación de las enfermedades, de acuerdo con las necesidades de los usuarios. Para ello, dispone que el Sistema garantizará el derecho fundamental a través de la prestación de servicios y tecnologías, que serán sufragados con los recursos públicos, los cuales son inembargables, tienen destinación específica y no podrán ser dirigidos a fines diferentes a los previstos constitucional y legalmente. Otro de los aspectos importantes que dicha Ley entró a regular, es la autonomía médica profesional, por ello su artículo 17 establece:

“Artículo 17. Autonomía profesional. Se garantiza la autonomía de los profesionales de la salud para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo. Esta autonomía será ejercida en el marco de esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad y la evidencia científica.

Se prohíbe todo constreñimiento, presión o restricción del ejercicio profesional que atente contra la autonomía de los profesionales de la salud, así como cualquier abuso en el ejercicio profesional que atente contra la seguridad del paciente.

Parágrafo. Queda expresamente prohibida la promoción u otorgamiento de cualquier tipo de prebendas o dádivas a profesionales y trabajadores de la salud en el marco de su ejercicio laboral, sean estas en dinero o en especie por parte de proveedores; empresas farmacéuticas, productoras, distribuidoras o comercializadoras de medicamentos o de insumos, dispositivos y/o equipos médicos o similares.

En ese sentido, asegura que los médicos serán quienes tomen las decisiones sobre los tratamientos y medicamentos que requiere un paciente, bajo el entendido que ellos como profesionales de la salud, son los llamados a definir qué es lo que el usuario necesita para el manejo sus padecimientos.

8.3. Definición del concepto de vida por parte de la Corte Constitucional – vida en condiciones dignas

El máximo Tribunal en lo Constitucional, definió el concepto de vida en la forma que

sigue¹²:

“(…) a. El concepto de vida no se reduce exclusivamente a los eventos en que la persona está en peligro de muerte. Sobre el particular, en la Sentencia T-395 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se señaló:

“El concepto de vida al que en reiteradas ocasiones ha hecho alusión esta Corporación, no es un concepto limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte, que daría lugar al amparo de tutela solo en el evento de encontrarse el individuo a punto de fenecer o de perder una función orgánica de manera definitiva; sino que se consolida como un concepto más amplio a la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Lo que se pretende entonces, es respetar la situación “existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad”, ya que “al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable”¹³, en la medida en que sea posible. (...) (Subrayas fuera de texto).

“Por consiguiente un concepto restrictivo de la protección a la vida, que desconociera las anteriores precisiones, llevaría automáticamente al absurdo de la negación del derecho a la recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud y vida.

“Esta Corporación ha manifestado en otras ocasiones, que la tutela puede prosperar no solo ante circunstancias graves que tengan la idoneidad de hacer desaparecer en su totalidad del derecho, sino ante eventos que puedan ser de menor gravedad pero que perturben el núcleo esencial del mismo y tengan la posibilidad de desvirtuar claramente la vida y la calidad de la misma en las personas, en cada caso específico”. (Subrayas y negrilla del Despacho).

“Se extrae de la jurisprudencia en cita, que la protección ius fundamental del derecho a la vida no se limita a la protección de la existencia misma, sino que entraña una condición más amplia, amparando a las personas para que desarrollen sus funciones vitales en condiciones de dignidad (...)”

En síntesis, el concepto de vida en condiciones dignas, se asocia al concepto de calidad de su ejercicio.

9.Caso concreto

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, descendemos al estudio del caso concreto, destacando que de conformidad con el acervo probatorio del proceso, se tiene que la parte actora solicita que a través de este medio se le ordene a la Secretaría de Salud del Municipio de Santiago de Cali y/o Secretaría de Salud del Departamento del valle del Cauca se hagan cargo de los gastos médicos que presenta la joven Janeth Castro Pérez como consecuencia del accidente de tránsito acaecido en julio 07 de 2017. Circunstancia por la cual se solicitó una medida provisional en favor de la actora.

No obstante lo anterior, el Despacho al considerar que el presente caso no procede la medida provisional relacionada con el pago de los gastos médicos causados, sino que más bien la medida provisional que se requiere es ordenar el procedimiento médico que requiere la actora, ya que está en juego su derecho a la vida y por eso, mediante auto No. 519 de julio 12 de 2017, se le ordenó a la Clínica Cristo Rey que

¹² Sentencia T-1239 de 2001, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

¹³ Sentencia T-494 de 1993.

asumiera la atención en salud que requiere la afectada y, por consiguiente, emitiera las autorizaciones correspondientes y realizara los demás trámites administrativos que sean necesarios, con miras a que, lo antes posible, se le hiciera efectiva la cirugía ordenada por el médico tratante con acompañamiento del médico especialista en ginecología a la accionante. Además, que en el evento que no contara con esta especialidad se le ordenó que de manera inmediata contratara, para el presente evento, un médico ginecólogo idóneo.

Cabe mencionar que la Clínica Cristo Rey no contestó la acción de tutela, pese a que fue informada de su existencia, garantizándosele el derecho al debido proceso; circunstancia que conlleva a que con fundamento en el principio de presunción de veracidad, previsto en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, se tenga por cierto lo manifestado por la parte accionante, además de desatender la orden impartida por el Juzgado.

Es claro conforme a los documentos obrantes en el expediente que la Clínica Cristo Rey está vulnerando el derecho fundamental de la salud del accionante, ya que la cirugía con presencia de un ginecólogo fue ordenado por el médico tratante como consecuencia de la patología que padece la accionante.

Así, es claro para el Despacho que la Clínica Cristo Rey desatendió las normas que le obligan a responder y atender todas las contingencias en salud de la accionante, negligencia que bien pudo generarle mayores problemas de salud, habida cuenta de la patología de orden en salud que le afecta. Ahora, es claro que la Clínica Cristo Rey debe ser diligente en observar las normas claras y precisas que le señalan la obligaciones para con sus pacientes. No es plausible de manera alguna considerar que el estado de salud de la accionante no tenga un nexo causal con el diagnóstico padecido, cuyo propósito es el de hacer más llevadera su precaria situación y, por consiguiente, evitar que su calidad de vida sufra más deterioro.

Además, conforme lo ha expresado la jurisprudencia constitucional, la institución de salud bien sea pública o privada, que haya atendido a una persona víctima de un accidente de tránsito desde la etapa de urgencias, será responsable de la prestación de todos los servicios de salud requeridos por la paciente hasta tanto se logre su recuperación, con independencia del aspecto económico y en lo que respecta a la obligación económica, se encuentra facultada la institución que ha prestado los servicios de salud a la víctima, para hacer los cobros respectivos.

Sobre el tema, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia T-148 de 2016, en el siguiente sentido:

“(...) i) Cuando ocurre un accidente de tránsito, todos los establecimientos hospitalarios o clínicos y las entidades de seguridad y previsión social de los subsectores oficial y privado del sector salud están obligados a prestar la atención médica en forma integral a los accidentados, desde la atención inicial de urgencias hasta su rehabilitación final, lo cual comprende atención de urgencias, hospitalización, suministro de material médico, quirúrgico, osteosíntesis, órtesis y prótesis, suministro de medicamentos, tratamientos y procedimientos quirúrgicos, servicios de diagnóstico y rehabilitación.

“(...) En virtud de la normativa pertinente y la jurisprudencia constitucional, la Sala puede concluir que:

La atención a las víctimas de accidentes de tránsito es una obligación legal para las entidades del sector salud y las instituciones que presten la atención inicial de urgencias a pacientes por accidentes de tránsito.

Las instituciones que presten la atención inicial de urgencias son las encargadas de brindar los tratamientos posteriores hasta su recuperación, con independencia del aspecto económico.

Tal atención debe ser integral, incluyendo asistencia en urgencia, hospitalización y rehabilitación - según sea necesario- aun cuando para algunos de estos servicios se requiera remisión, la cual deberá llevarse a cabo bajo la responsabilidad de la entidad que la ordena. (...)”

A lo anterior, es menester agregar que por su condición clínica, la actora se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta (art. 13 C.P), en consecuencia, se reconoce como sujeto de especial protección constitucional y, por consiguiente, tiene derecho a recibir un tratamiento especial de parte del Estado, la sociedad y su familia.

Acorde con lo argumentado en precedencia, se tutelarán los derechos fundamentales a la vida digna, salud, seguridad social de la accionante, puestos en riesgo por parte de la Clínica Cristo Rey por la morosidad en la prestación del servicio de salud requerido, y en consecuencia, se ordenará a la Clínica Cristo Rey, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo hubiere hecho, asuma la atención en salud que requiere la joven Janeth Castro Pérez y, por consiguiente, emita las autorizaciones correspondientes y realice los demás trámites administrativos que sean necesarios, con miras a que, lo antes posible, se le realice la cirugía requerida por el médico tratante con el acompañamiento del médico especialista en ginecología. Además, que en el evento que no cuente con esta especialidad, de manera inmediata debe contratar, para el presente evento, un médico ginecólogo idóneo, so pena que el Despacho de manera oficiosa inicie el respectivo trámite incidental en su contra.

De otra parte, observa el Despacho, según las pruebas allegada al proceso y del escrito de tutela, que se vislumbra un conflicto relacionado con la afiliación en salud de la accionante, de tal forma, que es no es claro que entidad le corresponde asumir

los gastos médicos de la joven Janeth Castro Pérez una vez se supere el tope del Soat, en consideración a que ésta a la fecha de presentación de la tutela, no estaba afiliada en salud al régimen contributivo ni subsidiado.

Sobre el particular la Secretaría de Salud del Municipio de Santiago de Cali indica que la actora, al no estar en el Régimen Contributivo, ni estar dentro del Régimen Subsidiado como beneficiaría del Sisben, su situación es de población pobre o vinculada cuya responsabilidad es ente territorial Departamento del Valle del Cauca. Así mismo que la Clínica debe prestarle todos los servicios requeridos y la atención integral derivada del accidente de tránsito; estando facultada para hacer los respectivos recobros a la entidad aseguradora que expidió el Soat hasta el monto reglamentado y posterior a esto ante el Fosyga, dado que no se encuentra afiliada a una EPS, ni del Régimen Subsidiado ni Contributivo.

A su turno la Secretaría de Salud del Departamento del Valle del Cauca sostiene que la accionante no puede ser considerada como población asegurada por no estar encuestada y asignado puntaje - Nivel 1 o 2 del Sisben.

Concluye que le corresponde a la Clínica Cristo Rey suministrar los servicios de salud que requiere la paciente en las intervenciones en forma Integral y oportuna y llegado el tope que cubre el Soat, puede recobrar ante el Fosyga.

Por su parte el Ministerio de Salud y Protección Social informa que el Fondo de Solidaridad y Garantía - Fosyga, es una cuenta adscrita al Ministerio Salud y Protección Social la cual se maneja a través de un encargo fiduciario.

Indica que el Decreto 780 de 2016, establece que dicho fondo está conformado por cinco Subcuentas, cada una con una finalidad diferente en la que se encuentra la denominada Subcuenta de seguro de Riesgos Catastróficos y Accidentes de Tránsito - ECAT, la cual tiene por objeto garantizar la atención integral a las víctimas que han sufrido daño en su integridad física como consecuencia directa de accidentes de tránsito, eventos terroristas y catastróficos y aquellos expresamente aprobados por la entidad competente, el cual tiene por objeto el reconocimiento y pago de los servicios de salud, indemnizaciones y gastos derivados de accidentes de tránsito, eventos catastróficos de origen natural, eventos terroristas y demás eventos aprobados por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Finalmente Comfenalco Valle EPS informa que la joven Janeth Castro Pérez se encuentra afiliada en esa Entidad en calidad de cotizante dependiente de Servicios Generales de Construcción SAS desde el 10 de julio de 2017. Con una cobertura inicial de urgencias desde dicha fecha, dado a que no cotizaba desde el año 2015.

Indica que una vez se supere el tope del Soat la accionante puede acceder a los servicios por la EPS, para lo cual debe presentar certificación de superación del tope del Soat.

Así las cosas, tenemos que la ley 100 de 1993 en relación a afiliación dispone que todo colombiano debe participar en el servicio público esencial de salud, lo que puede lograrse con las siguientes calidades, según el artículo 157 de la norma en comento:

“(…)Artículo. 157.-Tipos de participantes en el sistema general de seguridad social en salud. A partir de la sanción de la presente ley, todo colombiano participará en el servicio público esencial de salud que permite el sistema general de seguridad social en salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.

A) Afiliados al sistema de seguridad social

Existirán dos tipos de afiliados al sistema general de seguridad social en salud:

1. Los afiliados al sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente ley.

2. Los afiliados al sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el artículo 211 de la presente ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Será subsidiada en el sistema general de seguridad social en salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y posparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago.

B) Personas vinculadas al sistema.

Los participantes vinculados son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado. (...)

De acuerdo a lo anterior, se puede decir que existen dos formas de participar en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia, esto es, como afiliados a través de cualquiera de los dos regímenes existentes, contributivo o subsidiado, o ya sea en calidad de participante vinculado.

Que las personas afiliadas al régimen contributivo son aquellas que cuentan con facilidad de pago para afiliarse al sistema, y las del régimen subsidiado, refiere a

aquella población que se encuentra en situaciones menos favorables que no tienen la capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización al sistema.

Y que los afiliados en calidad de participantes vinculados, hacen referencia a aquella población que por su incapacidad de pago y mientras logran ser incluidos al régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deben prestárseles los servicios médicos que requieran a través de las instituciones públicas o privadas que tengan contrato con el Estado.

Sobre los participantes vinculados, la Corte ha dicho¹⁴:

“(…)Las normas que regulan, en materia de salud establecen que, todo habitante del territorio Colombiano, deberá estar afiliado al Sistema General de Seguridad Social en salud, para lo cual, define dos tipos de participación: la primera, son las personas afiliadas al régimen contributivo, que son aquellas que cuentan con capacidad de pago, y la segunda, son los afiliados al sistema mediante el régimen subsidiado, que son aquellas personas que no cuentan con capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización.

Sin embargo, el mismo artículo 157 de la ley 100 de 1993, señaló un tercer tipo de participación catalogado “participantes vinculados”, que son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado.

El Decreto 806 de 1998 establece que Mientras se garantiza la afiliación a toda la población pobre y vulnerable al régimen subsidiado, las personas vinculadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, tendrán acceso a los servicios de salud que prestan las instituciones públicas y privadas que tengan contrato con el Estado .

La Corte Constitucional en Sentencia T-294 de 2008 indicó:

“Los “participantes vinculados” tienen en común con los afiliados al régimen subsidiado, que carecen de capacidad de pago; sin embargo, los últimos han sido afiliados a una entidad específica, que gestiona los servicios por ellos requeridos, con cargo a los recursos del régimen subsidiado. Por su parte, los “participantes vinculados” que aún deben surtir el trámite de afiliación a una ARS (entiéndase Entidad Promotora del régimen subsidiado, por disposición del artículo 12 de la ley 1122 de 2007), tienen derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado para tal efecto.

Ello debido a que, para ser afiliado al régimen subsidiado se requiere no sólo estar identificado como beneficiario del subsidio, sino además haber sido seleccionado e inscrito en una entidad promotora de dicho régimen. Así, se entenderá que el usuario tiene la calidad de afiliado en el momento en que la respectiva entidad territorial suscriba el contrato con determinada EPS del régimen subsidiado para atender al beneficiario.”

Así mismo, esta Corporación en Sentencia T-579A de 2011 señaló:

“Los participantes vinculados no constituyen de ninguna manera un “tercer régimen” adicional a los afiliados al régimen subsidiado y contributivo. Se trata en cambio de participantes que no cuentan con recursos y que no han sido todavía incluidos en el sistema de seguridad social en salud. Por consiguiente, los participantes vinculados pueden acceder a los servicios e instituciones de salud sin que se encuentren afiliados ya que el derecho a la seguridad social es irrenunciable y por ende, el Estado tiene el deber de garantizar la cobertura tanto a personas afiliadas como a participantes vinculados.”

Queda claro entonces, que todos los habitantes del territorio Colombiano tiene derecho a recibir atención médica de manera eficaz, continua e integral, independientemente del régimen al que se encuentre afiliado (contributivo o subsidiado) o de la calidad que ostente dentro del Sistema General

¹⁴ Ver Sentencia T-859 de 2013. Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RIOS.

de Seguridad Social en Salud, en atención, al principio de igualdad y dignidad humana establecidos en la Constitución Política de 1991(...).”

Sobre la competencia de las entidades territoriales respecto de los participantes vinculados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el Máximo Tribunal Constitucional en la sentencia T-584 de 2013 con ponencia del Dr. Nilson Pinilla Pinilla, precisó:

“(...)Por su parte, la Ley 715 de 2001 al fijar el régimen de competencias en el sector de salud para las entidades territoriales, asignó a los departamentos la competencia de gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas.

*Los **vinculados** tienen en común con los **afiliados** al régimen subsidiado el hecho de carecer de capacidad de pago; sin embargo, los últimos han sido adscritos a una entidad administradora específica, que gestiona los servicios por ellos requeridos con cargo a los recursos del régimen subsidiado; mientras los simplemente vinculados deben surtir el trámite de afiliación a una ARS, teniendo derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado para el efecto.*

*Con base en lo anterior, corresponde a los departamentos garantizar la atención en salud de los servicios de segundo y tercer nivel de complejidad, y a los municipios asegurar la atención de primer nivel, de la **población vinculada** al Sistema General de Seguridad Social en Salud.(...)* (Subrayado fuera de texto original).

De lo anterior, se infiere que los participantes vinculados del Sistema General de Seguridad Social se caracterizan al igual que los del régimen subsidiado por no tener la capacidad de pago, pero los que cuentan con calidad de afiliados, es decir, los subsidiados, se encuentran adscritos a una entidad administradora determinada que gestiona los servicios por ellos requeridos con cargo a los recursos del régimen subsidiado, mientras que los vinculados deben surtir el trámite de afiliación a una ARS, teniendo derecho a los servicios de salud prestados por las instituciones públicas y privadas que tengan contrato con el Estado.

Así mismo, que es competencia de los departamentos asegurar la atención en salud de los servicios de segundo y tercer nivel de complejidad, y a los municipios asegurar la atención en salud del primer nivel de complejidad de la población vinculada al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Respecto de la prestación de los servicios médicos y cobertura económica en eventos de accidentes de tránsito el Decreto No. 056 del 14 de enero de 2015 “*Por el cual se establecen las reglas para el funcionamiento de la Subcuenta del Seguro de Riesgos Catastróficos y Accidentes de Tránsito (ECAT), sobre las condiciones de cobertura, reconocimiento y pago de los servicios de salud, indemnizaciones y gastos derivados de **accidentes de tránsito***”, establece en sus artículos 1 y 2:

*“(...) **Artículo 1. Objeto.** El presente decreto tiene por objeto establecer las condiciones de cobertura, ejecución de recursos, funcionamiento y aspectos complementarios para el reconocimiento y pago de*

los servicios de salud, indemnizaciones y gastos derivados de **accidentes de tránsito**, eventos catastróficos de origen natural, eventos terroristas y demás eventos aprobados por el Ministerio de Salud y Protección Social en su calidad de Consejo de Administración del Fosyga, en que deben operar tanto la Subcuenta ECAT del Fosyga, como las entidades aseguradoras autorizadas para expedir el SOAT y demás entidades referidas en el ámbito de aplicación de este acto administrativo.

Las víctimas de que trata el artículo 3° de la Ley 1448 de 2011, serán atendidas conforme lo dispuesto en dicha ley, en el Decreto 4800 de 2011 y las demás normas que en su desarrollo se expidan y recibirán los beneficios establecidos en tales disposiciones.

Artículo 2. Ámbito de aplicación El presente decreto aplica al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), a las entidades aseguradoras autorizadas para expedir el SOAT, a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), a las Entidades Territoriales, a las Entidades Promotoras de Salud (EPS), a las Administradoras de Riesgos Laborales (ARL), a las administradoras de los regímenes exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993, a los reclamantes de los servicios médicos, las indemnizaciones y los gastos aquí previstos, así como a las demás entidades que puedan llegar a tener alguna obligación o responsabilidad relacionada con las reclamaciones de que trata este acto administrativo.(...)” (Negrillas fuera del texto original).

Sobre la cobertura económica para los eventos descritos en los artículos anteriores, se estableció en el artículo 9 lo siguiente:

“Artículo 9. Cobertura. Las cuantías correspondientes a los servicios de salud prestados a las víctimas de accidente de tránsito, de evento catastrófico de origen natural, de evento terrorista o de otro evento aprobado, serán cubiertas por la compañía aseguradora del SOAT o por la Subcuenta ECAT del Fosyga, según corresponda, así:

1. Por la compañía aseguradora, cuando tales servicios se presten como consecuencia de un accidente de tránsito en el que el vehículo involucrado se encuentre amparado con la póliza del SOAT, en un valor máximo de ochocientos (800) salarios mínimos legales diarios vigentes (smldv), al momento de la ocurrencia del accidente de tránsito.

En los casos de accidentes de tránsito en que hayan participado dos o más vehículos automotores asegurados, cada entidad aseguradora correrá con el importe de las indemnizaciones a los ocupantes de aquel que tenga asegurado. En el caso de los terceros no ocupantes se podrá formular la reclamación a cualquiera de estas entidades; aquella a quien se dirija la reclamación estará obligada al pago de la totalidad de la indemnización, sin perjuicio del derecho de repetición, a prorrata, de las compañías entre sí.

En los casos de accidentes de tránsito en que hayan participado dos o más vehículos automotores y entre ellos haya asegurados y no asegurados o no identificados, se procederá según lo previsto en el inciso anterior para el caso de vehículos asegurados, pero el reconocimiento y pago de los servicios de salud, indemnizaciones y gastos de los ocupantes del vehículo o vehículos no asegurados o no identificados y el pago a los terceros, estará a cargo del Fosyga.

2. Por la Subcuenta ECAT del Fosyga, cuando los servicios se presten como consecuencia de un accidente de tránsito en el que el vehículo involucrado no se encuentre identificado o no esté asegurado con la póliza del SOAT, en un valor máximo de ochocientos (800) salarios mínimos legales diarios vigentes (smldv), al momento de la ocurrencia del accidente de tránsito.

3. Por la Subcuenta ECAT del Fosyga, cuando tales servicios se presten como consecuencia de un evento terrorista, en un valor máximo de ochocientos (800) salarios mínimos legales diarios vigentes (smldv), al momento de la ocurrencia del evento. El Ministerio de Salud y Protección Social podrá constituir una reserva especial para cubrir los servicios de salud de las víctimas que requieran asistencia por encima de dicho tope.

4. Por la Subcuenta ECAT del Fosyga, cuando tales servicios se presten como consecuencia de un evento catastrófico de origen natural o de otros eventos declarados por el Ministerio de Salud y Protección Social en su calidad de Consejo de Administración del Fosyga, en un valor máximo de ochocientos (800) salarios mínimos legales diarios vigentes (smldv), al momento de la ocurrencia del evento. El Ministerio de Salud y Protección Social podrá constituir una reserva especial para cubrir los servicios de salud de las víctimas que requieran asistencia por encima de dicho tope.

Parágrafo 1°. Los pagos por los servicios de salud que excedan los topes de cobertura establecidos en el presente artículo, serán asumidos por la Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo o Subsidiado a la que se encuentra afiliada la víctima, por la entidad que administre el régimen

exceptuado de que trata el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 cuando la víctima pertenezca al mismo, o por la Administradora de Riesgos Laborales (ARL), a la que se encuentra afiliada, cuando se trate de un accidente laboral.

Parágrafo 2°. Cuando se trate de población no afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, una vez superados los toques, dicha población tendrá derecho a la atención en salud en instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas que tengan contrato con la entidad territorial para el efecto. En estos casos, el prestador de servicios de salud, informará de tal situación a la Dirección Distrital o Departamental de Salud que le haya habilitado sus servicios para que proceda a adelantar los trámites de afiliación, de conformidad con las reglas establecidas en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 1122 de 2007 y el artículo 32 de la Ley 1438 de 2011, o las normas que las modifiquen, adicionen o sustituyan.

Parágrafo 3°. Si la víctima cuenta con un plan voluntario, complementario o adicional de salud, podrá elegir ser atendido por la red de prestación de esos planes; en este caso, los primeros ochocientos (800) salarios mínimos legales diarios vigentes (smldv) que se requieran para la atención, serán cubiertos por la compañía de seguros autorizada para expedir el SOAT o por la Subcuenta ECAT del Fosyga, según quien asuma la cobertura, conforme a lo previsto en el presente decreto.

Superada dicha cobertura, se asumirá la prestación con cargo al mencionado plan voluntario, complementario o adicional de salud. Aquellos servicios que se requieran y que no estén amparados o cubiertos por el plan voluntario, complementario o adicional de salud, serán asumidos con cargo al Plan Obligatorio de Salud.

En cualquier caso, las empresas que ofrecen planes voluntarios, complementarios o adicionales de salud, no podrán limitar la cobertura a sus usuarios respecto de los servicios médicos que estos requieran por el sólo hecho de tener origen en accidentes de tránsito, eventos terroristas, eventos catastróficos de origen natural o los que sean aprobados por el Ministerio de Salud y Protección Social en su calidad de Consejo de Administración del Fosyga. (...)”

Ahora bien, de acuerdo con lo probado en el expediente se tiene que la joven Janeth Castro Pérez, ingresó al servicio de urgencias de la Clínica Cristo Rey en julio 07 de 2017, como consecuencia de un accidente de tránsito.

Que en el escrito de tutela se manifiesta que la accionante no está afiliada a ninguna EPS, por lo tanto, no pertenece a ninguna red de Plan Obligatorio de Salud, tampoco se encuentra afiliada al régimen subsidiado por cuanto no fue censada.

Que debido a la complejidad del estado de salud a causa del accidente de tránsito, ya se está próximo a superarse el tope del Soat para el cubrimiento de los gastos médicos, y que los valores que se generen en adelante, tendrán que ser asumidos por ella.

Que lo anterior resulta improcedente, ya que es una persona de escasos recursos económicos, que en la actualidad su familia no posee recursos para el sostenimiento y tampoco para asumir el costo de una EPS.

Ahora bien, la entidad vinculada Comfenalco Valle EPS en su contestación manifestó que la joven Janeth Castro Pérez, se encuentra afiliada, en esa entidad, en calidad de cotizante dependiente.

En consecuencia, considera el Despacho que dicha EPS, debe garantizar los servicios médicos que demande la paciente, en forma oportuna y eficaz, pues teniendo en cuenta las particularidades del caso, la accionante sufrió un accidente de tránsito. En virtud del Decreto No. 056 del 2015, la misma cuenta con cobertura por parte de la compañía aseguradora, amparado con la póliza del SOAT, por la Subcuenta ECAT del Fosyga, y la EPS e IPS.

Así las cosas, en este caso, dada la situación de la joven Janeth Castro Pérez expuesta en la demanda, de la cual se infiere que al momento de presentar la tutela aparecía como afiliada a la EPS, se reitera que igualmente que en derrotero de la tutela se acreditó que la accionante fue afiliada a la EPS Comfenalco Valle, pero el servicio que ésta le prestaría por el momento es el de urgencia.

No obstante lo anterior, y dado el mal estado de salud en la que encuentra la accionante y que según se manifiesta en la tutela, ésta no tiene los recursos económicos para solventar el pago de los servicios médicos una vez se haya superado el tope de cobertura del Soat, este juzgador ordenará a Comfenalco Valle EPS que superados los topes de cobertura del Soat, garantice la prestación del servicio de salud a la joven Janeth Castro Pérez, ante la Clínica Cristo Rey o la IPS correspondiente, sin que se le exija el periodo mínimo de cotización o de carencia, la cual debe ser de manera integral, en la forma y cantidad ordenada por el médico tratante.

Por último, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Resolución No. 1328 de abril 15 de 2016, expedida por Ministerio de Salud y Protección Social, la Comfenalco Valle EPS. puede recobrar ante el Fosyga los sobre costos en que incurra cumpliendo este fallo de tutela, sin necesidad de orden expresa en la parte resolutoria del mismo, pues, para ello, es suficiente con que se establezca que no está obligada ni legal ni reglamentariamente a asumir dicha atención.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- TUTELAR los derechos fundamentales a la vida digna, salud, seguridad social de la joven Janeth Castro Pérez, identificada con cédula de ciudadanía No.

31.306.631.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Clínica Cristo Rey que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo hubiere hecho, asuma la atención en salud que requiere la joven Janeth Castro Pérez y, por consiguiente, emita las autorizaciones correspondientes y realice los demás trámites administrativos que sean necesarios, con miras a que, lo antes posible, se le realice la cirugía requerida por el médico tratante con el acompañamiento del médico especialista en ginecología a la joven Janeth Castro Pérez. Además, que en el evento que no cuente con esta especialidad, de manera inmediata contrate, para el presente evento, un médico ginecólogo idóneo, so pena que el Despacho de manera oficiosa inicie el respectivo trámite incidental en su contra.

TERCERO.- ORDENAR a Comfenalco Valle EPS que superados los topes de cobertura del Soat, garantice la prestación del servicio de salud a la joven Janeth Castro Pérez, ante la Clínica Cristo Rey o la IPS correspondiente, sin que se le exija el periodo mínimo de cotización o de carencia, la cual debe ser de manera integral, en la forma y cantidad ordenada por el médico tratante.

CUARTO.- NOTIFICAR esta providencia a las partes de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO.- En caso de no ser impugnada la presente tutela dentro del término de tres (3) días siguientes a la notificación, **REMITIR** a la Corte Constitucional para efectos de su eventual revisión (Art. 31 y 32 del decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Original firmado

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Juez