



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE SOLEDAD ATLÁNTICO

Soledad, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Sentencia de 2° Instancia

Referencia Clase de acción: TUTELA

Demandante: JAVIER CITARELLA ESPINOSA EN
REPRESENTACION DE ALVARO VELEZ MORENO

Demandado: SALUD TOTAL E.P.S Y OTROS.

Radicado: No. 2022-00073-01

Procede a pronunciarse el despacho sobre la impugnación instaurada por la parte accionante, contra la sentencia de fecha siete (07) de febrero de dos mil veintidós (2022), por medio de la cual el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Malambo - Atlántico, declaró la carencia actual de objeto.

I. ANTECEDENTES

La señora ALVARO VELEZ MORENO, actuando a través de agente oficioso, presentó acción de tutela contra EPS SALUD TOTAL, Superintendencia Nacional De Salud, Secretaría De Salud Departamental Del Atlántico Secretaria De Salud Municipal De Malambo, por la presunta violación de los derechos fundamentales a la vida digna humana, seguridad social, integridad física y el mínimo vital, elevando las siguientes:

I.I. Pretensiones

“... (...) Que se ordene a SALUD TOTAL autorizar la evaluación inmediata y prioritaria en centro de trasplante, y los exámenes indicados por su médico tratante. (...)...”.

Lo anterior lo fundamenta en los siguientes:

II. Hechos

Señala que el señor Alvares Vélez Moreno identificado con c.c. 8.687.122 de 64 expedida en barranquilla, quien tiene 64 años es afiliado a Salud Total en calidad de subsidiado.

Relata que presenta diagnostico Cirrosis del hígado, varices Esofágica sin hemorragia, degeneración grasa del hígado, encefalina toxica, diabetes insulino dependiente con complicaciones múltiple.

Manifiesta que el día 03 de noviembre de 2021, su médico tratante Dr. Rolando Ortega Quiroz, en la Clínica General del Norte ordena remisión evaluación inmediata prioritaria

centro trasplante, y le envió distintas ordenes médicas y laboratorios que no han sido autorizados.

IV. La Sentencia Impugnada.

El Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Malambo - Atlántico, mediante providencia del 07 de febrero de 2022, declaró la carencia actual de objeto, al considerar :

“...En este orden de ideas, y bajo la égida que motiva la pretensión del accionante, con base en las respuestas allegadas al expediente por parte de Salud Total EPS-S y Secretaria de salud Departamental, es factible determinar para este despacho que lo solicitado como pretensión final en la presente acción de tutela como es la programación y materialización de las ordenes medicas requeridas para el tratamiento del hoy accionante, las cuales fueron programadas y notificadas al señor Álvaro Vélez Moreno identificado con CC 8687122, CONCLUYENDO ASI EL DESPACHO que Salud Total EPS-S se encuentra prestando los servicios requeridos por el actor reparándose la amenaza o vulneración del derecho cuya protección se ha solicitado...”

V. Impugnación

La parte accionante a través de memorial, presentó escrito de impugnación, insistiendo en los mismos hechos dela tutela.

VI. Pruebas relevantes allegadas

- Historia clínica.
- Ordenes médicas.

VII. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

VII.I. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 y en el Decreto 1382 de 2000, este Despacho resulta competente para conocer de la impugnación del fallo de la acción de tutela en referencia, por resultar ser el superior funcional de la agencia judicial que la profirió.

VII.II Problema jurídico

Corresponde al despacho dentro de la actuación de marras, determinar si la Empresa Prestadora de Servicios de Salud, por parte de SALUD TOTAL E.P.S, está vulnerando los derechos fundamentales de la accionante, al no prestar los servicios de salud, conforme lo fue ordenado por su médico tratante.

- **Derecho a la Salud de sujetos de especial protección constitucional.**

El derecho fundamental a la salud¹ ha sido definido como “*la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser.*”² Esta concepción vincula el derecho a la salud con el principio de dignidad humana, toda vez que “*responde a la necesidad de garantizar*

*al individuo una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales*³.

El núcleo esencial del derecho a la salud obliga a resguardar la existencia física del ser humano, y se extiende a los ámbitos psíquicos y afectivos de la persona⁴, la necesidad de garantizar éste derecho y atender al principio de dignidad humana ha llevado a sostener que “[e]l ámbito de protección, por tanto, no está delimitado por el plan obligatorio de salud. Puede existir un servicio de salud no incluido en el plan, que se requiera con necesidad y comprometa en forma grave la vida dignidad de la persona o su integridad personal”⁵

Lo anterior por cuanto la garantía del derecho fundamental a la salud está funcionalmente dirigida a mantener la integridad personal y una vida en condiciones dignas y justa. De allí que la jurisprudencia constitucional ha indicado que existen circunstancias que necesariamente ameritan el suministro de insumos, medicamentos e intervenciones, que a pesar de no estar contemplados en el Plan de Beneficios necesitan ser prestados por las EPS, pues de lo contrario, se vulneraría el derecho fundamental a la salud. Al respecto esta Corte indicó:

“(…) cuando por el acatamiento de lo descrito en el Plan Obligatorio de Salud, se causa un perjuicio a derechos fundamentales como la vida, la integridad personal o la dignidad de la persona que requiere de los servicios por ellas excluidos, tal reglamentación debe inaplicarse y se debe ordenar su suministro, para garantizar el goce efectivo de los derechos y garantías constitucionales. Así, cada situación concreta deberá ser evaluada, pues en casos de enfermedad manifiesta y ante la urgencia comprobada de la necesidad de esos servicios, no existe norma legal que ampare la negativa de prestarlos ya que por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema”¹³

Por lo anterior, la acción de tutela es procedente cuando está en riesgo o se ven afectadas por razones de salud las condiciones de vida digna del paciente, en tanto el derecho a la salud comporta el goce de distintos derechos que deben ser garantizados por el Estado⁶.

En relación con el derecho a la salud de las personas que hacen parte del grupo de los sujetos de especial protección constitucional es preciso considerar que a partir de normas constitucionales como los artículos 13, 44, 46 y 47, se impone mayor celo en el cumplimiento de los deberes de protección y garantía por parte de las autoridades y de los particulares en la atención de las enfermedades o alteraciones de salud que padezcan. Dentro de tales destinatarios se encuentran los niños, niñas y adolescentes y las personas de la tercera edad.

En efecto, el artículo 13 de la Constitución atribuyó al Estado la obligación de promover las condiciones “*para que la igualdad sea real y efectiva*”, por lo cual le corresponde adoptar “*medidas a favor de grupos discriminados o marginados*”. Ese principio constitucional presupone un mandato de especial protección en favor de “*aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta*”.

En dicho contexto, la norma superior señaló algunos sujetos que por su condición de vulnerabilidad merecen la especial protección del Estado, como los niños (Art. 44), las

madres cabeza de familia (Art. 43), los adultos mayores (Art. 46) los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (Art. 47), y las personas que padezcan enfermedades catastróficas, y a quienes es un imperativo prestarles la atención especializada e integral que requieran, independientemente de que el conjunto de prestaciones pretendidas se encuentren por fuera del Plan Obligatorio de Salud -POS-⁷.

- **La procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el suministro de medicamentos, exámenes o procedimientos no incluidos dentro del POS.**

Como es sabido la Ley 100 de 1993, contempla dos regímenes: el contributivo, en el cual están los trabajadores y familias con los recursos suficientes para pagar una cotización al sistema; y el subsidiado, en el cual están quienes no cuentan con capacidad de pago.

En ambos sistemas se establecieron unos beneficios denominados el Plan Obligatorio de Salud (POS), que se constituye como un conjunto de prestaciones expresamente delimitadas que deben satisfacer y garantizar las Entidades Promotoras de Salud (EPS).

La Corte ha construido con el paso del tiempo, criterios que garantizaran el acceso a los servicios de salud excluidos del POS. Entre ellos, señala los siguientes:

“a) la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado; b) debe tratarse de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; c) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.); y finalmente, d) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante¹”.

Las anteriores subreglas surgieron principalmente del principio *“requerir con necesidad”*, que antes de la Sentencia T-760 de 2008, no había sido nombrado con tanta claridad, pero en cada caso habían sido aplicados los mismos criterios. El juez de tutela ordenaba los tratamientos o medicamentos negados por la EPS cuando encontraba que era *“requerido”* por el médico tratante debido a la amenaza y riesgo del derecho a la vida e integridad personal del paciente, y porque el medicamento o tratamiento no podía ser sustituido por otro contemplado en el POS; y que además, cuando se acreditaba que el accionante no tenía la capacidad económica para acceder por sí mismo al servicio médico, es decir, la situación de *“necesidad”* del paciente.

Este criterio de la *necesidad* acogido por la Corte Constitucional, concretamente en la sentencia T-760 de 2008, adquiere mayor fortaleza cuando se trata de sujetos que, por la calidad de la enfermedad padecida, el grupo poblacional al que pertenecen o el tipo de servicio solicitado, se encuentran en estado de indefensión y requieren en esa medida, una especial protección por parte del juez constitucional

De la misma forma, la Corte Constitucional ha ordenado el cumplimiento de ciertas prestaciones que no han sido prescritas por el médico tratante, al considerar que los padecimientos, son hechos notorios que vuelven indigna la existencia de una persona puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente.

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

VIII. Solución del caso concreto.

Se observa acreditado en el caso que nos ocupa de acuerdo con los documentos acompañados a la demanda, que el señor ALVARO VELEZ ROMERO se encuentra afiliado en salud a SALUD TOTAL EPS, e igualmente que padece diagnóstico de cirrosis del hígado, varices Esofágica sin hemorragia, degeneración grasa del hígado, encefalina toxica, diabetes insulino dependiente con complicaciones múltiple, y que el médico tratante le prescribió exámenes y ordenes medicas no autorizadas.

El Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Malambo - Atlántico, declaró la carencia actual de objeto, decisión que fue objeto de impugnación por la parte accionante.

Dicho lo anterior, y antes de entrar a estudiar el asunto objeto de estudio, tenemos que revisada la presente acción de tutela se observa que es presentada por el señor JAVIER CITARELLA ESPINOSA, quien en otras oportunidades ante este mismo despacho ha radicado otras acciones de tutela, actuando en calidad de agente oficioso, como en esta oportunidad en nombre de Alvaro Vélez Moreno, quien sería la persona directamente afectada en sus derechos fundamentales.

Al respecto, tenemos que el artículo 86 de la Constitución Política, establece que la acción de tutela es un mecanismo judicial en virtud del cual, a través de un procedimiento preferente y sumario, toda persona puede acudir ante cualquier juez a solicitar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando éstos resulten lesionados o amenazados por la acción o la omisión de autoridades públicas.

Desde sus inicios la Corte ha sido enfática en señalar que, la acción de tutela tiene como una de sus características esenciales la del ejercicio informal, “es decir que no limita las posibilidades de acudir a ella por razones de nacionalidad, sexo, edad, origen de raza o capacidades intelectuales, razón por la cual es factible que la ejerzan los niños, los indígenas, los presos, los campesinos, los analfabetas y en general todo individuo de la especie humana que se halle dentro del territorio colombiano.”. (T-020 de 2.016).

Mas sin embargo, las normas reglamentarias de la tutela exigen como requisito la legitimidad e interés del accionante, conforme se advierte en lo estipulado en el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, admitiéndose también la agencia de derechos ajenos cuando el titular no esté en condiciones de promover su propia defensa, y la intervención del Defensor del Pueblo y de los personeros municipales.

Por ello, este mecanismo de defensa judicial no admite que se pueda asumir de manera indeterminada o ilimitada la representación de otro y demandar protección constitucional a su nombre, ni la informalidad que caracteriza a la acción de tutela se opone a que su ejercicio esté sometido a requisitos mínimos de procedibilidad, entre los cuales está la legitimidad por activa.

De acuerdo con la normatividad, existen cuatro conductos a través de los cuales se puede interponer la acción de tutela por parte de la persona presuntamente vulnerada en sus derechos:

- Por sí misma.
- Cuando se trata de personas jurídicas, incapaces absolutos o menores de edad, el facultado para presentar la demanda es el representante legal.
- A través de abogado, caso en el cual se requiere de un poder que expresamente otorgue la facultad para interponer la acción tuitiva.
- Por intermedio de un agente oficioso, o sea, una persona indeterminada, la cual no requiere de poder, pero debe especificar que lo hace en esa calidad y siempre que el titular del derecho “no esté en condiciones” de promoverla directamente.

En la Tutela Rad. 072 DE 2019 la Corte Constitucional, respecto de la figura del agente oficioso indicó:

“...DERECHOS DE PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Relación con la capacidad jurídica La capacidad jurídica ha sido entendida en dos vías, como la facultad de ser titular de derechos y como la posibilidad de realizar actos con efectos jurídicos.

En esta medida, el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha expresado que la misma resulta esencial para que las personas que poseen alguna barrera tengan una participación cierta y real en la sociedad AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA Y CAPACIDAD JURIDICA DE PERSONAS MAYORES DE EDAD EN CONDICION DE DISCAPACIDAD A partir del principio de igual reconocimiento ante la ley, resulta imperativo que el juez constitucional interprete la figura de la agencia oficiosa buscando favorecer la capacidad jurídica de las personas mayores de edad en condición de discapacidad, a efectos de preservar su autonomía y voluntad.

Para tal efecto, en lo que respecta al requisito de la imposibilidad de interponer el recurso de amparo, se deberá entrar a analizar las circunstancias del caso concreto y las barreras de participación efectiva en la sociedad que se derivan para el titular de los derechos, sin que el solo diagnóstico de una enfermedad cognitiva o psicosocial, sea un indicio suficiente para derivar el impedimento en una actuación directa.

En otras palabras, el juez constitucional debe velar porque existan escenarios en los que las personas con discapacidad, en virtud de su capacidad jurídica, se apropien de sus derechos y de la facultad para proceder a su ejercicio, con miras a fortalecer su independencia e inclusión en la vida social...”.

En el presente caso, tenemos que se alega actuar en calidad de agente oficioso, y donde además se observa cumplido los requisitos de la jurisprudencia constitucional: (i) que el agente manifieste expresamente que actúa en nombre de otro; (ii) que se indique en el escrito de tutela o que se pueda inferir de él que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales de promover su propia y (iii) que el sujeto o los sujetos agenciados se encuentren plenamente identificados.

En el presente caso quien actúa en calidad de agente oficioso lo hace en representación de Álvaro Vélez Moreno, quien tiene 64 años, y presenta diagnóstico Cirrosis del hígado, varices Esofágica sin hemorragia, degeneración grasa del hígado, encefalina toxica, diabetes insulino dependiente. No obstante, se estima que no es persona de avanzada edad, pues, aún no se encuentra en el grupo de personas de la tercera edad y por lo tanto no se encuentra acreditado que esté imposibilitado para promover su propia defensa.

En tal medida debe entenderse que se afecta el desarrollo del principio de autonomía y voluntad del aquí agenciado.

Ello analizando las circunstancias expuestas, encuentra el Despacho que no se acredita suficientemente el requisito de la imposibilidad de interponer el recurso de amparo directo por el accionante Álvaro Vélez Moreno, la cual puede actuar de forma participativa efectiva en la presente acción, pues el solo diagnóstico de la enfermedad o patología puesta de manifiesto sea suficiente para estimar que se encuentra impedido para acudir directamente ante la jurisdicción para la protección de sus derechos.

Se evidencia entonces por esta judicatura que dada la informalidad de la acción de tutela se encuentran habilitados los escenarios para su directa participación. Lo anterior a efectos de garantizar que terceros no se apropien de sus derechos y de la facultad para proceder a su ejercicio con independencia e inclusión en la vida social, en los términos de la sentencia citada.

En consecuencia, a juicio del despacho carece de legitimación por activa el agente oficioso y en tal virtud se debió denegar la tutela por el impetrada, por tal virtud se revocará el fallo venido en alzada y en su defecto se denegará.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Soledad, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de tutela de fecha siete (07) de febrero de dos mil veintidós (2022), proferido por el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Malambo - Atlántico, en su lugar se dispone:

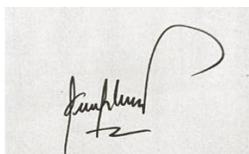
PRIMERO: DENEGAR la tutela incoada por el señor JAVIER CITARELLA ESPINOSA, en calidad de agente oficioso de ALVARO VELEZ MORENO, contra EPS SALUD TOTAL, Superintendencia

Nacional De Salud, Secretaría De Salud Departamental Del Atlántico Secretaria De Salud Municipal De Malambo, por falta de legitimación activa.

SEGUNDO: Notificar ésta providencia a las partes, por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: Remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, según lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GERMAN RODRIGUEZ PACHECO

Juez

Firmado Por:

German Emilio Rodriguez Pacheco

Juez

Juzgado De Circuito

Civil 001

Soledad - Atlantico

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **94ef51934754972004b98e756f91b787f4463f81de66208e46fe293e52a0b2b7**

Documento generado en 25/03/2022 07:01:40 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>