

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO
Buenaventura, Valle del Cauca, mayo treinta y uno (31) de dos mil
veintidós (2.022)

SENTENCIA de SEGUNDA INSTANCIA No. 032

PROCESO:	ACCIÓN DE TUTELA
RADICACION:	76-109-40-03-004-2022-00076 76-109-31-03-003-2022-00046
AGENTE OFICIOSO:	JESUS MARIA GONGORA
ACCIONANTE:	JESUS MARIA GONGORA
ACCIONADO:	COSMITET LTDA
DERECHO:	DERECHO A LA SALUD EN CONEXIDAD CON EL DERECHO A LA VIDA, DIGNIDAD HUMANA, INTEGRIDAD PERSONAL Y SEGURIDAD SOCIAL

MOTIVO DE LA DECISIÓN:

Corresponde a este Despacho judicial desatar la impugnación formulada contra la sentencia No. 037 del tres (03) de mayo de dos mil veintidós (2.022), proferida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Buenaventura-Valle del Cauca.

I. ANTECEDENTES

A. La petición

El señor JESUS MARIA GONGORA identificado con la cédula de ciudadanía N° 16.510.350 en calidad de agente oficioso de su padre JESUS MARIA GONGORA, identificado con la cédula de ciudadanía N° 2491135, celular 3174716876, dirección Carrera 34 #3-50 barrio San Luis, correo electrónico: jesusgongora1976@hotmail.com y

limarce0309@gmail.com, acudió ante la jurisdicción constitucional, a fin de obtener el amparo de su DERECHO A LA SALUD EN CONEXIDAD CON EL DERECHO A LA VIDA con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Política, que consideró vulnerado por las entidades accionadas.

B. Los hechos

Los hechos que dieron lugar a la solicitud de amparo se sintetizan así:

El accionante indica que su padre JESUS GONGORA tiene actualmente 89 años de edad, pertenece al programa de adultos mayores y desde hace un tiempo ha venido padeciendo de incontinencia urinaria, hiperplasia de la próstata, riñones, vejiga, Alzheimer, celulitis en las piernas, diabetes e hipertensión, enfermedades que se encuentran soportadas en su historia clínica, alega igualmente que ha acompañado a su padre al centro médico cada vez que adolece de un síntoma.

Manifiesta el accionante que su padre pertenece al régimen contributivo de la EPS COSMITET LTDA y que se encuentra pensionado, pero desde hace un año se han presentado dilaciones en la EPS debido a que todo insumo o equipo que el médico ordena a su padre es negado.

Aunado a lo anterior, el día 12 de febrero de 2022 su padre fue atendido por el médico fisiatra Ricardo Vanegas Suarez quien dispuso: “para brindar movilidad comunitaria, calidad de vida y disminuir riesgos citados, se solicita dispositivo de asistencia para traslado tipo silla de ruedas plegable, sobre medidas apoyabrazos removibles, llantas traseras neumáticas todo terreno, mas caminador altura graduable, mas rueda delantera para uso asistido” con la finalidad de mejorar el estado de salud del usuario, señala que el caminador si fue entregado por la EPS.

Sobre la orden médica anterior, el accionante se dirigió el día 07 de marzo de 2022 a COSMITET LTDA a solicitar la silla de ruedas pero le rechazaron el servicio argumentando que “lo solicitado son exclusiones al contrato que tenemos con su EPS, el Fondo Pasivo Social Puertos y Ferrocarriles de Colombia”

En atención a lo anterior, solicita al juez constitucional, ampararle sus derechos fundamentales A LA SALUD EN CONEXIDAD CON EL DERECHO A LA VIDA, DIGNIDAD HUMANA, INTEGRIDAD PERSONAL Y SEGURIDAD SOCIAL de su padre y, por consiguiente, se le ordene a la EPS COSMITET LTDA que suministren de manera inmediata el dispositivo de asistencia para traslado ordenado por su médico tratante, consistente en una silla de ruedas plegable sobre medida, apoya brazos removibles, llantas traseras neumáticas todo terreno, acorde a lo ordenado por el médico tratante.

C. El desarrollo de la acción.

Por auto interlocutorio No. 605 del veinticinco (25) de abril del año 2022, se avocó conocimiento de la acción constitucional en contra de la entidad accionada y se ordenó notificación, concediéndole el término de dos (02) días, para que ejerciera su derecho de defensa y allegara las pruebas que pretendiera hacer valer. Así mismo ordenó vincular al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES).

RESPUESTA ENTIDADES ACCIONADAS

COSMITET LTDA, a través de apoderado judicial, manifiestan que prestan el servicio a los usuarios afiliados al FONDO PASIVO SOCIAL FERROCARRILES Y SOCIALES DE COLOMBIA, aclarando que COSMITET LTDA NO es una EPS sino una entidad privada que presta servicios de salud a los usuarios afiliados al régimen de excepción del FONDO PASIVO SOCIAL FERROCARRILES Y SOCIALES DE COLOMBIA bajo la modalidad de Institución Prestadora de Servicios de Salud -IPS-.

Por lo cual COSMITET LTDA no capta dineros de los afiliados, no crea planes de beneficios ni de coberturas, tampoco establece quienes tienen derecho al servicio en calidad de cotizantes o de beneficiarios, pues todas estas funciones radican en el FONDO PASIVO SOCIAL FERROCARRILES Y SOCIALES DE COLOMBIA en su carácter de administradora de los recursos de los usuarios afiliados al programa de Puertos y Ferros de Colombia.

Informan que el usuario fue valorado el 12 de febrero de 2022 y que la Coordinación Médica encargada realiza formato de negación de servicios, ya que el tratamiento no se encuentra dentro del contrato suscrito entre el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y COSMITET LTDA.

Por lo anterior, solicitan que el juzgado NO acceda a las pretensiones del accionante teniendo en cuenta que están excluidas estas prestaciones por el contrato vigente entre ambas entidades.

Y en caso de que se acceda a las pretensiones se ordene el recobro al FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y que esta entidad a su vez pueda recobrar los gastos al FOSYGA pues no son regidos por la ley 100 de 1993.

RESPUESTA ENTIDADES VINCULADAS

FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, a través de su oficina jurídica, manifiestan que el señor JESUS MARIA GONGORA se encuentra afiliado a la entidad como PENSIONADO POR JUBILACION desde el 01/11/1998 de Puertos de Colombia y ha venido recibiendo atención médica en la IPS COSMITET LTDA, entidad que está obligada a cubrir todos los niveles de atención que requiera el usuario en virtud del contrato suscrito.

Señalan que una vez notificados de la tutela requirieron a la IPS COSMITET LTDA a través de correo electrónico de fecha 25/04/2022 remitir auditoria médica al respecto de las pretensiones de la tutela.

Respecto a la prestación de la silla de ruedas requerida si bien se encuentra dentro del contrato suscrito como silla de rueda estándar manifiesta que el accionante cuenta con un ingreso base de cotización de \$3.368.178, situación que le permite sufragar los gastos correspondientes al insumo solicitado en la presente acción de tutela.

Solicita denegar por improcedente y archivar la acción de tutela, teniendo en cuenta que jamás han negado o suspendido la atención médica requerida y en cuanto a la pretensión relacionada con el suministro de la silla de ruedas solo pueden entregarla en calidad de préstamo y en la referencia estándar, siempre y cuando sea ordenada por médico tratante adscrito a la red prestadora de servicios de salud.

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL, a través de apoderada judicial, informan que esta entidad solo es ente rector de las políticas del Sistema General de Protección Social en materia de salud, pensiones y riesgos profesionales, por lo cual se configura FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA, solicitando que sean exonerados de cualquier responsabilidad y se conmine a la EPS a la adecuada prestación del servicio de salud conforme a sus obligaciones siempre y cuando no se trate de un servicio excluido expresamente por esta Cartera, ya que todos los servicios y tecnologías autorizados en el país por la autoridad competente deben ser garantizados por la EPS independientemente de la fuente de financiación pero que en el evento en que el despacho decida afectar recursos del SGSSS, solicitan se vincule a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES.

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -(ADRES), a través de la oficina Asesora Jurídica solicito negar el amparo reclamado en lo que tiene que ver con esa Administradora pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que esa entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor y en consecuencia desvincularlos del trámite de la presente acción de tutela.

Aunado a lo anterior, informan que es función de la EPS y no del ADRES brindar los servicios de salud a sus afiliados, y este último ni siquiera tiene facultades de inspección, vigilancia y control para sancionar a una EPS, configurándose así una FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, adicional a esto según la Resolución 205 de 2020, los servicios de salud que antes eran objeto de recobro ante la ADRES ahora están a cargo de las EPS, esto quiere decir que los recursos de salud se giran antes de la prestación de los servicios de salud a la EPS y con esos recursos deben suministrar los servicios no incluidos en el PBS.

Teniendo en cuenta lo anterior solicitan que sean desvinculados del trámite tutelar.

D. La sentencia impugnada

En la sentencia que ahora se revisa por vía de impugnación se tutelaron los derechos fundamentales al accionante JESUS MARIA GONGORA, argumentando el despacho que se ve afectado el derecho fundamental a la VIDA, SALUD, DERECHOS AL ADULTO MAYOR, SEGURIDAD SOCIAL y a la DIGNIDAD HUMANA puesto que la falta de silla de ruedas es una barrera para el ejercicio del derecho a la vida en condiciones dignas, toda vez que su condición médica le restringe la posibilidad de moverse, constituyendo este servicio como un elemento vital para atenuar los rigores de sus enfermedades, además no se advierte de otro elemento que pueda sustituir a la silla de ruedas dentro del PBS y el accionante no cuenta con los recursos económicos para gestionar su tratamiento por su propia cuenta, ya que todos sus ingresos pensionales están destinados para gastos de hogar, medicina y demás.

Por ello considera el despacho que se cumplen con los requisitos para autorizar la entrega de la silla de ruedas.

Por las razones expuestas el despacho ordenó que el FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y COSMITET IPS se sirvan suministrar en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la sentencia la silla de ruedas plegable para traslado sobre medidas apoyabrazos removibles, llantas traseras neumáticas todo terreno, más caminadora ajustable, de acuerdo a lo prescrito por el médico tratante.

Inconforme con la decisión, el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA por medio de escrito de impugnación remitido el 10 de mayo de 2022 solicita que se revoque la sentencia 037 del 03 de mayo del año en curso, reiterando que es la IPS COSMITET LTDA la responsable directa de la atención integral de todos los usuarios convenidos, por lo cual debe dirigirse el cumplimiento de la acción de tutela a la entidad señalada.

Es menester añadir que en la misma fecha el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA remitió alcance de la impugnación del fallo de tutela, donde se anexa memorando OBV-202203280039263 brindada por la IPS COSMITET LTDA, en la cual se informa del cumplimiento al fallo de tutela, al entregar silla de ruedas plegable, sobre medidas apoyabrazos removibles, llantas traseras neumáticas el día 10 de mayo.

Teniendo en cuenta lo anterior solicitan que se abstenga de continuar el trámite tutelar del asunto y se archive el mismo por carencia actual del objeto por hecho superado.

II. CONSIDERACIONES

La Jurisprudencia constitucional, en diferentes pronunciamientos ha reconocido que el objetivo fundamental de la acción de tutela es la protección efectiva, cierta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, en aquellos casos en que éstos se encuentren transgredidos o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los términos que establece la Constitución y la ley.¹

En torno al Derecho a la Salud, la Corte Constitucional ha manifestado que se encuentra consagrado en el artículo 49 del Texto Superior, razón por el cual debe ser amparado como derecho fundamental y autónomo. A su vez, ha establecido que no es necesario que acaezca un riesgo letal, para acceder a la petición de tutela, puesto que dentro de sus finalidades se encuentra ser “preventiva”, es decir, está diseñada precisamente para evitar un daño irreparable². Al respecto, la Ley 1751 de 2015 en su artículo 2 determinó:

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

¹ Ya la Sentencia T-383 de 2001 había dispuesto precisamente tales criterios que corresponden a los lineamientos centrales de la jurisprudencia en la materia: a) un elemento subjetivo consistente en la “convicción íntima de la existencia de un riesgo o peligro” para el goce y disfrute del derecho y b) un elemento objetivo, consistente en la presencia de condiciones fácticas que “razonablemente permitan inferir la existencia de un riesgo o peligro” para el goce y disfrute de derechos.

² Así lo expresó en fallo T-260 de noviembre 27 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

Adicionalmente en la sentencia T-384 del 2013 expreso que las personas requieren un servicio de salud con necesidad, cuando el mismo es indispensable para el mantenimiento de su salud y vida en condiciones dignas. Además, estableció que **es el médico tratante quién determina cuál es el servicio que necesita el paciente**, puesto que precisamente es el profesional que conoce la situación concreta del usuario, sus antecedentes médicos y, en consecuencia, el tratamiento que debe seguir para el restablecimiento de su salud. En virtud de lo anterior, **si el médico tratante consideró que un procedimiento mejorará la salud del paciente, la entidad prestadora de salud tiene el deber legal de acatar lo dispuesto por el galeno.**

Respecto de la oportunidad en la que debe brindarse el servicio de salud, la Corte Constitucional explicó que: “la prestación efectiva de los servicios de salud **incluye el que se presten de forma oportuna, a partir del momento en que un médico tratante determina que se requiere un medicamento o procedimiento. Las dilaciones injustificadas**, es decir, aquellos trámites que se imponen al usuario que no hacen parte del proceso regular que se debe surtir para acceder al servicio, y que además, en muchos casos, se originan cuando la entidad responsable traslada el cumplimiento de un deber legal al paciente, **lleva a que la salud del interesado se deteriore, lo que se traduce en una violación autónoma del derecho a la salud.**”³ (negrilla y cursiva fuera del texto)

Ahora, en cuanto al retraso en la entrega de medicamentos la Honorable Corte Constitucional en sentencia Sentencia T-098/16 indicó que:

“La Corte reconoce que la dilación injustificada en el suministro de medicamentos, **por lo general implica que el tratamiento ordenado al paciente se suspenda o no se inicie de manera oportuna y en esa medida se vulneran los derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal, a la dignidad humana y a la vida del usuario.** Por ello, **la entrega tardía o inoportuna** de los medicamentos desconoce los principios de integralidad y continuidad en la prestación del servicio de salud. Bajo esta perspectiva, los derechos de los usuarios se vulneran cuando existen obstáculos o barreras injustificadas, que impiden al paciente acceder a los servicios de salud o al suministro de los medicamentos” (negrilla fuera de texto).

En virtud de lo anterior, dicha corporación reconoce que la demora injustificada por parte de las entidades prestadoras de salud en el suministro de los medicamentos a sus pacientes, trae como consecuencia que el tratamiento médico ordenado por el galeno tratante se interrumpa o no se inicia oportunamente, vulnerándose así los derechos fundamentales a la salud, integridad, dignidad humana y la vida del usuario,

³ Sentencia T-384 de 2013. M.P. MARIA VICTORIA CALLE.

desconociendo los principios de integralidad⁴ y continuidad⁵ en la prestación del servicio de salud.

Aunado a lo anterior, el artículo 131 del Decreto Ley 019 de 2012, reglamenta el deber de las Entidades Promotoras de Salud de hacer la entrega de medicamentos oportunamente, señalando:

“Las Entidades Promotoras de Salud tendrán la obligación de establecer un procedimiento de suministro de medicamentos cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud a sus afiliados, a través del cual se asegure la entrega completa e inmediata de los mismos.

En el evento excepcional en que esta entrega no pueda hacerse completa en el momento que se reclamen los medicamentos, las EPS deberán disponer del mecanismo para que en un lapso no mayor a 48 horas se coordine y garantice su entrega en el lugar de residencia o trabajo si el afiliado así lo autoriza.” (Subrayas fuera del texto)”.

Descendiendo al caso puesto en consideración y una vez analizadas las pruebas aportadas en la acción de amparo, se establece que la accionante es una persona perteneciente al grupo de la tercera edad, con múltiples padecimientos de salud y en virtud de ello, conforme las pruebas aportadas al plenario, se establece que el médico especialista ordenó dispositivo de asistencia para traslado tipo silla de ruedas plegable, sobre medidas apoyabrazos removibles, llantas traseras neumáticas todo terreno, más caminadora altura graduable, más rueda delantera para uso asistido.

En respuesta, tanto la IPS COSMITET LTDA y el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA coincidieron en manifestar que dicho insumo se encuentra dentro de las exclusiones de los servicios de salud PBS, y que por dicha circunstancia no es posible su entrega a la accionante.

Ahora bien, el inconformismo de la entidad accionada FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA al impugnar la decisión, señaló que por la naturaleza jurídica de IPS le debe dar cumplimiento a lo ordenado en el fallo de tutela, toda vez que es la entidad de salud COSMITET EPS quien debe cumplir con la carga de prestar los servicios de salud a sus afiliados, y proceder a las autorizaciones de dichos servicios, procedimientos e insumos médicos.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores y como quiera que no existe una razón justificada para que a la accionante no se le haya

⁴ Sentencia T-576 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

⁵ Artículo 6 de la Ley 1751 de 2015.

efectuado la entrega del insumo dispositivo de asistencia (por la imposibilidad de deambulaci3n)⁶ para traslado tipo silla de ruedas plegable, sobre medidas apoyabrazos removibles, llantas traseras neumáticas todo terreno, más caminadora altura graduable, más rueda delantera para uso asistido, para tratar su delicado estado de salud debido a la patología que padece y que se encuentra registrada en su historial clínico, además de tratarse de un adulto mayor, quien además es un sujeto de especial protecci3n constitucional, era necesario amparar el derecho fundamental a la salud de la accionante, tal y como lo ordeno el a-quo.

Por último, frente a la solicitud de ordenar el recobro ante el FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, este Despacho lo niega ya que al tener un origen legal y reglamentario, la sentencia de tutela no es el mecanismo apropiado que lo faculte para realizarlo.

En efecto, la Corte Constitucional, ha venido destacando que:

“(...) el fundamento del recobro de una entidad ante el FOSYGA no surge de la jurisprudencia constitucional, sino de la ley y la reglamentaci3n legal. No obstante, como forma de protecci3n y para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud de los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud, el legislador introdujo en el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 la regla de recobro parcial, según la cual, el FOSYGA no puede pagar a una EPS que tramitó inadecuadamente la solicitud de un usuario para acceder a un servicio de salud, más del 50% del monto a que la misma tenga derecho a repetir por haber incurrido en costos que no le correspondía asumir. Así, teniendo en cuenta la legislaci3n vigente al momento en que ocurrieron los hechos materia de la presente tutela, y con el objeto de alcanzar el fin originalmente propuesto por el legislador, la Sala aplicará dicha regla al caso concreto.”⁷

Antes de la derogatoria del Literal “j” del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, el Juez Constitucional se pronunciaba sobre el recobro facultando efectuarlo en la cuantía correspondiente. Sin embargo, con la nueva legislaci3n, ordenar por vía de tutela la prestaci3n de un servicio de salud, ya no genera como consecuencia la restricci3n en el recobro; de esta forma el Juez Constitucional ya no es el que debe pronunciarse sobre este tema y las EPS`S son las que deberán adelantar los trámites administrativos para efectos del referido recobro según sea el caso.

Por tal raz3n no es necesario emitir un pronunciamiento en relaci3n con la facultad que tienen las entidades prestadoras de servicios de salud para ejercer la acci3n de recobro frente a la autoridad legalmente obligada a suministrar aquellos que no hacen parte del plan de beneficios, porque no es

⁶ Sentencia T-215 de 2018

⁷ Sentencia T-048 del cuatro (4) de febrero de dos mil once (2011), M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

ese un requisito que se les pueda exigir para obtener su reconocimiento y en esas condiciones, se confirmará la decisión que en tal sentido se adoptó en el fallo que se revisa.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BUENAVENTURA, VALLE del CAUCA**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR la sentencia No. 037 del tres (03) de mayo de dos mil veintidós (2.022), proferida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de esta ciudad, con fundamento en lo considerado en la parte motiva de la presente providencia.

Tercero: Notifíquese a las partes y al Juzgado del conocimiento, por el medio más expedito, el presente pronunciamiento.

Cuarto: ENVIESE a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión (Art. 32 Decreto 2591/91).

NOTIFÍQUESE, COPIESE Y CÚMPLASE.

**(FIRMA ELECTRONICA)
ERICK WILMAR HERREÑO PINZÓN
JUEZ**

Firmado Por:

**Erick Wilmar Herreño Pinzon
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 003
Buenaventura - Valle Del Cauca**

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:

**ed6e99d336ea6110249e45f6c05661a8b2e99f5e656f533e69607f707b
d688e4**

Documento generado en 01/06/2022 12:32:49 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>