



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Juzgado Segundo Civil del Circuito de Neiva

Neiva, nueve (09) de febrero de dos mil diecisiete (2.017)

Rad. 2016-00147-01

Ante la imposibilidad de notificar al accionante ANCIZAR RAMÍREZ MALLUNGO, se dispone **PUBLICAR** en la página web oficial de la Rama Judicial (www.ramajudicial.gov.co), lo contenido en el fallo de fecha 30ENE2017, para lo cual se solicitará a la dependencia de soporte web la respectiva publicación.

Cúmplase,


BEATRIZ EUGENIA ORDÓÑEZ OSORIO
JUEZA

AR

*Consejo Superior
de la Judicatura*

URGENTE DESACATO

Juzgado Segundo Civil del Circuito de Neiva

Palacio de Justicia Of. 902 Telefax 710234

ccto02nei@cendoj.ramajudicial.gov.co

Oficio No. 0464

Neiva, febrero 09 de 2017

Señores

PAGINA WEB RAMA JUDICIAL-

Bogotá

Rad. 4134-9408-001-2016-00147-01

Acción Tutela

Accionante: ANCIZAR RAMÍREZ MALLUNGO


Accionada: COMFAMILIAR Y OTROS

Notificado: **ANCIZAR RAMÍREZ MALLUNGO**

Cordial Saludo,

COMEDIDAMENTE LE NOTIFICO QUE MEDIANTE PROVIDENCIA DE LA FECHA, SE DISPUSO: "Ante la imposibilidad de notificar al accionante **ANCIZAR RAMÍREZ MALLUNGO**, se dispone **PUBLICAR** en la página web oficial de la Rama Judicial (www.ramajudicial.gov.co), lo contenido en el auto de fecha **30ENE2017**, para lo cual se solicitará a la dependencia de soporte web la respectiva publicación. **CUMPLASE – FDO. BEATRIZ EUGENIA ORDOÑEZ OSORIO. JUEZA**".

ATENTAMENTE,


KAREM ARANZAZU CALDERON TORRES

Secretaria

AR



Juzgado Segundo Civil del Circuito de Neiva

Neiva, treinta (30) de enero de dos mil diecisiete (2017)

Rad. : 2016-00147-01

Procede el Despacho a resolver la impugnación interpuesta por la accionada CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL HUILA "COMFAMILIAR" contra la sentencia del 22 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Hobo Huila.

ANTECEDENTES:

El señor ANCIZAR RAMÍREZ MALLUNGO, presentó acción de tutela contra COMFAMILIAR EPS, para que a través de este procedimiento breve y sumario se protejan los derechos fundamentales a la salud, integridad física, dignidad humana, igualdad y seguridad social.

PETICIÓN.¹

Solicita se ordene a "COMFAMILIAR", dar una respuesta de fondo autorizando y programando el procedimiento quirúrgico ordenado por el especialista en Oftalmología.

SS CIRUGIA DE PTERIGIO NASAL +++, 3MM CORNEA MAS INJERTO CONJUNTIVAL OJO.

HECHOS:²

Sustenta la acción con los siguientes fundamentos fácticos:

Que al ser diagnosticado Pterigio Nasal 3MM Cornea Pterigio, le fue ordenada la cirugía SS CIRUGIA DE PTERIGIO NASAL +++, 3MM CORNEA MAS INJERTO CONJUNTIVAL OJO.

Que a pesar de la urgencia de la cirugía COMFAMILIAR EPS se niega en ordenarla.

Afirma ser de escasos recursos económicos, no poder sufragar los costos de la cirugía y no quiere perder la cita para el referido procedimiento.

Allegó como prueba documental en fotocopia simple la historia clínica oftalmológica / contrarreferencia.

¹ Folio 2 C. 1

² Folio 1 C. 1

ACTUACION.³

Por encontrar la demanda ajustada a los requisitos establecidos en el Decreto 2591 de 1991, el juzgado de instancia dispuso su trámite, vinculó a la Secretaría de Salud Departamental del Huila, ordenó comunicar tal determinación a las partes, concedió un término de dos días para contestación de la solicitud de tutela, ordenó tener como prueba los documentos aportados por la accionante.

CONTESTACIÓN

a. Secretaría de Salud Departamental del Huila.⁴

Refirió que una vez revisada la base de datos del Sistema Integral de Información en Salud de la Secretaría de Salud Departamental del Huila y el Fosyga, se pudo constatar que ANCIZAR RAMÍREZ MALLUNGO, se encuentra afiliado al RÉGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD a través de COMFAMILIAR E.P.S., en estado activo. Municipio de Neiva Huila.

Que si el accionante se encuentra afiliado a COMFAMILIAR EPS dentro del régimen subsidiado de salud, es ésta la entidad obligada en primer lugar a garantizar la prestación de los servicios de salud requeridos por su afiliado, si se trata de servicios NO POS los debe autorizar la EPS por CTC (comité técnico científico) y recobrar al FOSYGA.

En el caso concreto se debe dilucidar si el procedimiento de SS CIRUGÍA DE PTERIGIO NASAL+3MM CORNEA MAS INJERTO CONJUNTIVAL OJO, ordenado por el médico tratante, están o no incluidos en el POS.

Resalta que la Resolución 5592 del 24 diciembre de 2015, que derogó en su integridad el Decreto 5521 de 2013, por el cual se aclaran y actualizan íntegramente los planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, el usuario tiene derecho a los beneficios del POS-S total, los cuales se le garantizaran por intermedio de su EPSS y su red de prestadores de servicios.

Que revisados los archivos de esta ciudad, no se encontró solicitud alguna presentada por el accionante, su familia ni COMFAMILIAR E.P.S. a nombre de ANCIZAR RAMÍREZ MALLUNGO, para que se le autoricen servicios de salud, por lo tanto la Secretaría de Salud en ningún momento le ha violado los derechos fundamentales.

Por lo anterior solicita se exonere y desvincule a ésta de cualquier responsabilidad frente a la posible violación de los derechos

³ Folio 7 C. 1

⁴ Folio 13 al 15 C. 1

fundamentales del accionante, por el contrario se obligue a COMFAMILIAR EPS a cumplir con las obligaciones tanto de acompañamiento como de prestación de servicios de salud, de manera integral, oportuna y eficiente al señor ANCIZAR RAMÍREZ MALLUNGO.

FALLO DE INSTANCIA.⁵

En decisión del 22 de noviembre de 2016, el *a quo* para tutela los derechos fundamentales a la salud y seguridad social del accionante Ancizar Ramírez Mallungo, vulnerados por la EPS COMFAMILIAR, se soportó en que éste persona de la tercera edad, se encuentra afiliado al régimen subsidiado del sistema General de Seguridad Social, a quien según el reporte de la historia clínica oftalmológica del 12MAY2016, padece de Pterigio Nasal 3 MM Cornea Pterigion, razón por la cual el médico tratante le ordenó en igual fecha la "CIRUGÍA DE PTERIGIO NASAL, 3 MM CÓRNEA MAS INJERTO CONJUNTIVAL".

Argumenta que la salud es un derecho fundamental de carácter autónomo que tiene una doble connotación –derecho constitucional y servicio público (art., 49 CN), por lo tanto debe ser garantizado a todas las personas de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, principios a los que se encuentra sujeto igualmente el derecho a la seguridad social.

Adicionalmente recordó que la prestación del servicio de salud, como en los demás servicios públicos, debe garantizarse su continuidad, es decir su prestación constante, ininterrumpida, permanente y además, oportuna, sin retardos injustificados, dada la necesidad y derecho que tiene la persona de lograr la recuperación o estabilización de su salud.

Agrega que la EPS COMFAMILIAR guardó silencio respecto de los hechos del caso concreto a pesar de que se le ordenó rendir el informe consagrado en el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991, por lo que tuvo por ciertos los hechos alegados por el actor conforme a la presunción de veracidad establecida en el artículo 20 del referido decreto.

IMPUGNACIÓN.⁶

La EPS COMFAMILIAR al sustentar la impugnación al fallo de tutela, indica que el accionante es usuario activo, por lo que tiene derecho a los beneficios del POS-S que ésta garantiza por medio de la red de prestadores de baja, media y alta complejidad y que se encuentran definidos en la Resolución No. 5592 de 2015 emitida por el Ministerio de Salud.

⁵ Folio 16 al 18 vuelto C. 1

⁶ Folio 24 al 27 C. 1

Que de acuerdo al historial de servicios radicados y autorizados en el software SGA sistema de gestión, se han garantizado con eficiencia, calidad y oportunidad todas y cada una de las actividades procedimientos, intervenciones y suministros que los médicos tratantes han dispuesto para tratar su patología.

Que se autorizaron los servicios requeridos por el usuario: i) De acuerdo a la solicitud de SS CIRUGÍA DE PTERIGIO NASAL +++, 3 MM CORNEA MAS INJERTO CONJUNTIAL OJO, fue autorizada bajo número 3120502. El paciente debe acercarse al Centro Oftalmológico Surcolombiano, a cita el 30NOV2016, a las 08:00 p.m., día en que se le dará la hora de realización de la cirugía. Afirma que dicha información se dio al accionante con quien se comunicó al abonado 3134461182.

Por lo anterior considera que al no haberse vulnerado ni amenazado ningún derecho fundamental, no se encuentra fundamentado para tutelar un supuesto de hecho inexistente, ya que la acción de tutela ha perdido su razón de ser y por tanto no tendría ningún objeto concederla en el sentido de impartir una orden para proteger un derecho fundamental presuntamente violado, cuando la situación presumiblemente que había dado origen a la tutela ya ha desaparecido por lo tanto esta ya se superó.

Con relación al tratamiento integral refiere que el a quo se extralimitó al decretarlo sin que se hubiere solicitado en la acción constitucional.

Con relación a la obligación de la Secretaría de Salud Departamental refiere que ésta es la directamente responsable de suministrar al usuario lo no contemplado en el POS, ya que por ley y en materia de competencia el ente territorial, es quien tiene a cargo aquellos eventos no incluidos en el POSS – EXCLUIDOS, de conformidad con la Resolución 5334 de 2008.

Peticiona se revoque el fallo de tutela del 23 de noviembre de 2016, por haberse configurado un hecho superado. Con relación al tratamiento integral solicita se modifique el fallo, ya que si la obligación procede debe ser ordenada a la Secretaría Departamental del Huila, al ordenarse tratamiento integral no POS.

Que en caso de no revocarse o modificarse el fallo, se autorice el recobro a favor de la EPS ante el FOSYGA del 100% o en su defecto a la Secretaría de Salud Departamental del Huila de los gastos en que incurra por la prestación de servicios de salud no POS-S, pago que deberá hacerse dentro de los quince días hábiles siguientes a la radicación de la cuenta.

Allega la fotocopia de la autorización de servicios de salud de fecha 15NOV2016.

Agotados los trámites de segunda instancia, han pasado las diligencias al Despacho para resolver la impugnación, lo que se hará previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

En el presente asunto deberá este Despacho Judicial entrar a analizar los siguientes puntos en contienda:

Establecer si hay lugar a los reparos de COMFAMILIAR EPS, consistentes en: i) el hecho superado; ii) cuestiona el tratamiento integral, pero de ser procedente sea a cargo de la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL HUILA; y iii) de no revocarse o modificarse el fallo, se autorice el recobro al FOSYGA.

Frente al primer punto se debe manifestar, que la Constitución Política consagra el derecho a la seguridad social y determina que la salud es un servicio público esencial a cargo del Estado. La Corte Constitucional ha desarrollado paulatinamente el derecho a la salud y a través de la jurisprudencia se ha dedicado a determinar las pautas de su aplicación, alcance y defensa. En un primer momento, se justificó la procedibilidad de la tutela en virtud de la conexidad con los derechos fundamentales contemplados en el texto constitucional. Al mismo tiempo, la protección autónoma de la salud se concedía solamente cuando el accionante era menor de edad, en concordancia con lo prescrito en el artículo 44 Superior y, en general, cuando el titular del derecho era un sujeto de especial protección. Sin embargo, la Corte modificó su jurisprudencia al postular que el derecho a la salud, por su relación y conexión directa con la dignidad humana, es instrumento para la materialización del Estado Social de Derecho y, por tanto, ostenta la categoría de fundamental⁷.

Así las cosas es evidente que el Estado colombiano tiene el deber de garantizar el tratamiento integral en salud, por medio de las empresas promotoras⁸. Esta obligación de garantizar el derecho a la salud y a la seguridad social conlleva, en caso de ser necesario, la inaplicación de las normas del Plan Obligatorio de Salud, que impidan el cumplimiento de tal objetivo.

Ahora bien, en el presente asunto, la accionada impugnó la sentencia proferida por el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Hobo Huila, aduciendo que ya se había autorizado al accionante la SS CIRUGÍA DE PTERIGIO NASAL +++, 3 MM CORNEA MAS INJERTO

⁷ Sentencia T-876-2014.

⁸ "ARTÍCULO 178. FUNCIONES DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD. Las Entidades Promotoras de Salud tendrán las siguientes funciones: (...) 6. Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Promotoras de Servicios de Salud".

Pueden consultarse entre otras las sentencias T-108-99, T-300-01, T-170-02, T-667-02, T-112-04.

CONJUNTIAL OJO, bajo número 3120502; que el señor Ramírez Mallungo, debería acercarse al Centro Oftalmológico Surcolombiano, a cita el 30NOV2016, a las 08:00 p.m., día en que se le daría la hora de realización de la cirugía; que la información se le dio a éste vía celular al abonado 3134461182. Remitiéndonos a la documental que obra al expediente, se puede observar según historia clínica Oftalmológica / Contrareferencia⁹ aportada con la demanda de tutela, que al accionante desde el 12MAY2016, se le había ordenado la SS CIRUGÍA DE PTERIGIO NASAL +++, 3 MM CORNEA MAS INJERTO CONJUNTIAL OJO, advirtiendo que "SE EXPLICAN RIESGOS Y COMPLICACIONES COMO RECIDIVA COMO ASTGMATISMO, LEUCOMIA CORNEAL, INFLAMACIÓN, IFECCION DE PARPADO ETC". Sumado a lo anterior, la EPS accionada programó al accionante cita para el 30NOV2016, informándose a este vía celular, momento en que se le daría la fecha y hora en que se realizaría la cirugía.

Se infiere de lo anterior que al señor Ramírez Mallungo, se le programa la atención médica días después de haberse interpuesto la acción constitucional en la que se afirma la vulneración de sus derechos constitucionales, sin que a la fecha de proferirse el fallo de segunda instancia se hubiere allegado prueba de haberse practicado la citada cirugía. En consecuencia, repítase que al no haberse demostrado que se efectivizó o mejor que se practicó la cirugía al accionante, no podemos predicar que nos encontramos frente a un hecho superado, pues era.

De otro lado, frente al cuestionamiento del tratamiento integral ordenado en el numeral segundo del fallo de primera instancia, por tratarse de hechos futuros e inciertos, es menester que los servicios médicos deben ser otorgados de manera integral, y son aquellos que el profesional de la salud estime pertinentes para atender el padecimiento que se presente. Al respecto, la Corte ha señalado que:

"(...) el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta, lo cual supone que las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud se encuentran sujetas a los conceptos que emita el personal médico, y no, por ejemplo, a lo que estime el paciente. En tal sentido, se trata de garantizar el derecho constitucional a la salud de las personas, siempre teniendo en cuenta las indicaciones y requerimientos del médico tratante."

En otra oportunidad indicó:

"...Sin embargo, tal amenaza no puede contener una mera posibilidad de realización, pues si ello fuera así, cualquier persona podría solicitar protección de los derechos fundamentales que eventualmente podrían serle vulnerados bajo cualquier contingencia de vida, protección que sería fácticamente imposible prodigarle, por tratarse de hechos inciertos y futuros que escapan al control del estado."

⁹ Folio 6 vuelto C. 1

"De ésta manera, si no existe una razón objetivada, fundada y claramente establecida por la que se pueda inferir que los hechos u omisiones amenazan los derechos fundamentales del tutelante, no podrá concederse el amparo solicitado. La amenaza debe ser entonces, contundente, cierta, ostensible, inminente y clara, para que la protección judicial de manera preventiva evite la realización del daño futuro..."¹⁰

Bajo esa perspectiva, dado que la orden de tutela logra garantizar la atención eficiente, adecuada y oportuna de la patología de PTREIGIO NASAL 3MM del accionante como fue diagnosticada por el respectivo médico tratante, Dr. WILSON JAVIER JOVEL PLAZAS¹¹, siendo la situación palpable, manifiesta y evidente, la necesidad de la autorización y práctica de la cirugía ordenada y no las eventualidades futuras, que puedan o no ocurrir. En consecuencia, este reparo ha de prosperar, debiéndose modificar la decisión del a quo en este sentido.

Finalmente, de cara a la solicitud la autorización de recobro en sede de tutela, debemos atender lo dispuesto por la Honorable Corte Constitucional, que precisó:

"7. La obligación subsidiaria del Estado de asumir el costo de los servicios de salud no incluidos en los planes de beneficios en salud.

La Corte ha reiterado por medio de su jurisprudencia que las entidades promotoras de salud E.P.S., tienen derecho a repetir contra el Estado, por "el valor de los procedimientos y medicamentos que deban ser suministrados, y que no se encuentren contemplados en el P.O.S., respecto de los cuales el usuario no hubiere cotizado el número de semanas requeridas, y que hayan sido autorizados por el Comité Técnico Científico (CTC) de la respectiva entidad, o hayan sido ordenados por decisiones judiciales de tutela."^[46]

En Sentencia T-355 de 2012, esta Corporación dispuso que según el marco normativo de la Ley 100 de 1993 y las demás normas complementarias y reglamentarias, las E.P.S. están obligadas a financiar los servicios incluidos en el P.O.S. Por ello, como regla general, es al usuario y no a la E.P.S. a quien corresponde pagar los procedimientos, tratamientos y medicamentos que se encuentren por fuera de los beneficios contemplados en el P.O.S. No obstante, si quien requiere de los mismos, y no cuenta con los recursos suficientes para cubrir el costo, le corresponde al Estado en aras de garantizar el derecho fundamental a la salud, financiar la prestación solicitada a cargo de los recursos públicos destinados al sostenimiento del sistema general en salud.^[47]

¹⁰ Al respecto ver Sentencias T-108-99, T-300-01, T-170-02, T-667-02, T-112-04.

¹¹ Folio 6 Cuaderno Principal.

Aunado a lo anterior y teniendo claridad sobre la obligación subsidiaria del Estado para asumir el costo de los servicios de salud no incluidos en el P.O.S., esta Corte ha considerado que el reembolso de las sumas causadas en razón a la financiación de tales servicios favor de las E.P.S. está a cargo del fondo de solidaridad y garantía FOSYGA, cuando tales servicios se autorizan dentro del régimen contributivo. De otra parte, cuando se reconocen en el régimen subsidiado, estarán a cargo de las entidades territoriales (departamentos, municipios y distritos).^[48]

La asignación al FOSYGA del pago de servicios no P.O.S. en el Régimen Contributivo, se explica porque, de acuerdo con la Ley 100 de 1993 (artículo 202 y siguientes), la administración de dicho régimen corresponde a las E.P.S. por delegación que le hace el fondo, el cual a través de la subcuenta independiente denominada "De compensación interna del régimen contributivo", es el depositario de todos los recursos llamados a financiar el aludido régimen. Por su parte, la atribución a las entidades territoriales para atender el costo de los servicios no P.O.S. en el régimen subsidiado, encuentra un claro fundamento en las Leyes 100 de 1993 (artículo 215 y siguientes) y 715 de 2001 (artículo 43), las cuales además de atribuirle a "las Direcciones Locales, Distritales y Departamentales de Salud" y a "los Fondos Seccionales, Distritales y Locales de Salud", la administración del régimen y el manejo de los recursos pertenecientes al mismo, expresamente le asignan a las primeras la responsabilidad de los servicios de salud no cubiertos con los subsidios a la demanda, esto es, de los servicios no incluidos en el P.O.S. subsidiado.

Dicha postura jurisprudencial fue reiterada en la Sentencia T-760 de 2008, en la que se afirmó que "los reembolsos al FOSYGA únicamente operan frente a los servicios médicos ordenados por jueces de tutela o autorizados por el CTC en el régimen contributivo. En estos mismos casos, cuando el usuario pertenece al régimen subsidiado, la Ley 715 de 2001 prevé que los entes territoriales asuman su costo por tratarse de servicios médicos no cubiertos con los subsidios a la demanda".^[49]

En la actualidad la potestad para ejercer el recobro por parte de las E.P.S., tiene fundamento la Ley 1122 de 2007 y en las Resoluciones 2933 de 2006 y 3099 de 2008, las cuales definen los criterios y condiciones que deben presentarse para poder ejercer a cabalidad dicha figura.

Por lo tanto, puede concluirse, que corresponde al Estado garantizar con recursos propios la prestación del servicio de salud, cuando la persona que requiere del mismo no tiene la capacidad económica para sufragar su costo; además se ha reiterado que la E.P.S. es la llamada a prestar el servicio de salud, teniendo la facultad de ejercer el derecho de recobro ante las entidades territoriales correspondientes tratándose de servicios no P.O.S., dentro del régimen subsidiado de salud."¹²

¹² CORTE CONSTITUCIONAL – Sala Octava de Revisión. Sentencia T-380 del 23 de junio de 2015. MP.: ALBERTO ROJAS RIOS.

En este orden de ideas, no le está dado al juez de tutela efectuar reconocimientos económicos a las entidades participantes en el sistema de salud, pues existen trámites administrativos que tienen por fin precisamente ello, de forma que al ordenarse directamente el recobro se desnaturalizan los procedimientos, ya que estas entidades se encuentran legalmente facultadas para ejercer dicho derecho atendiendo al principio de legalidad del gasto público. De contera esta petición se despachará desfavorablemente.

Conforme a lo anterior, el juzgado ha de modificar la sentencia de primer grado en su numeral 2º en el sentido de suprimir el tratamiento integral, pero conservando la orden de autorizar y adicionando la de practicar la cirugía requerida por el señor ANCIZAR RAMIREZ MALLUNGO, ya que con la mera autorización continúa el riesgo de los derechos fundamentales deprecados, de acuerdo con lo anotado en el desarrollo del primer punto de inconformidad.

A mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Neiva (H), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1º. **MODIFICAR** el numeral 2º de la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2016 por el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Hobo Huila, por lo expuesto en la parte motiva. Dicho numeral quedará así:

"**SEGUNDO: ORDENAR** a la EPS COMFAMILIAR, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la notificación de esta providencia, autorice y practique el procedimiento quirúrgico consistente en "CIRUGIA DE PTERIGIO NASAL, 3MM Córnea mas injerto conjuntival", ordenado por el médico tratante."

2º. **COMUNICAR** esta decisión a las partes en los términos del artículo 30 del Decreto 2591.

3º **INFORMAR** lo aquí decidido al Juez *a quo*.

4º **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE,


BEATRIZ EUGENIA ORDÓÑEZ OSORIO

JUEZA

