



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**DISTRITO JUDICIAL DE VILLAVICENCIO
JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE PUERTO GAITÁN**

Puerto Gaitán, veintiuno (21) de junio de dos mil veintiuno (2021).

TUTELA	2021-00119-00
ACCIONANTE	JOSE QUERUBIN HENDE ESPAÑOL
ACCIONADAS	NUEVA EPS y OTRAS

Se pronuncia el Despacho en relación con la Acción de Amparo Constitucional deprecada por el Ciudadano JOSE QUERUBIN HENDE ESPAÑOL contra la NUEVA EPS. Valga aclarar que este Despacho ordenó vincular a la AGROPECUARIA ALIAR S.A., ARL SURA y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR.

I. ANTECEDENTES

1. **PRETENSIÓN:** El señor JOSE QUERUBIN HENDE ESPAÑOL actuando en nombre propio, solicitó que se le protejan sus derechos fundamentales a LA SALUD, VIDA EN CONDICIONES DIGNAS y SEGURIDAD SOCIAL, que considera vulnerados por la accionada NUEVA EPS.

Manifiesta el accionante como hechos más relevantes laborar para la empresa AGROPECUARIA ALIAR S.A., en el cargo de operador tipo D. Agrega que el día 23 de enero de 2021, sufrió un accidente de tránsito cuando se desplazaba en motocicleta a cumplir con sus labores, con una tractomula que presta servicios al empleador, con diagnóstico de *trauma craneoencefálico severo, hematoma epidural, fractura cigomático derecho, lesión mandíbula, neumotórax traumático*, siendo hospitalizado por 13 días y posteriormente en seguimiento y control por los especialistas en neurología, neurocirugía, cirugía maxilofacial, otorrinolaringología, cirugía general y oftalmología.

Narra que se le han expedido siete (7) incapacidades médicas y que actualmente presenta *TRASTORNOS DEL NERVIOS FACIAL, TRAUMATISMO INTRACRANEAL, FRACTURA DE OTROS HUESOS DEL CRANEO Y DE LA CARA; PARALISIS DE BELL.*

Refiere que el día 24 de marzo de 2021, se le ordenó *CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN MEDICINA DEL TRABAJO O SEGURIDAD Y SALUD*, lo que se venció por falta de documentación y el 10 de mayo de 2021, le fue ordenada nuevamente, sin que la NUEVA EPS se lo autorice hasta que no allegue la siguiente documentación:

1. Copia de Historia Clínica 2. Certificación de cargos y labores 3. Análisis de puesto de trabajo 3 4. Historia de actividades laborales realizadas durante su vida. Incluir oficios desempeñados, actividades y brevemente dar una descripción de las mismas anotando fechas de ingreso y egreso. 5. Descripción de las actividades extra laborales, como pasatiempos, deporte, anotando el tiempo de dedicación y la frecuencia de las mismas. 6. Exámenes para clínicos relacionados con la patología. (Vigencia no mayor a 6 meses) 7. Mediciones o estudios relacionados por la empresa. 8. Reporte de enfermedad profesional o accidente de trabajo diligenciado. (FURAT – FUREP) 9. Autorización de conocimiento de historia clínica.

Acusa que ha solicitado al empleador la documentación requerida, sin que le sea entregada aduciendo que tiene exámenes pendientes. Además que el día 06 de mayo de 2021, se consideró un manejo quirúrgico con *TARSORRAFIA LATERAL MAS CANTOPLASTIA LATERAL*, y me ordenó *CANTOPLASTIA, CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ANESTESIOLOGIA, CONSULTA PRIMERA VEZ MEDICINA LABORAL.*; y el día 10 de mayo de 2021, la NUEVA EPS, le autorizó la *CANTOPLASTIA Y SUTURA PROFUNDA DE HERIDA UNICA DE PARPADO*, y que el día 21 de mayo fue valorado por anestesiología, siendo informado que debía esperar hasta que hubiera agenda.

Expone que la NUEVA EPS se ha negado a asumir los gastos de transporte, alojamiento y alimentación, sin considerar su situación de vulnerabilidad con ocasión a las incapacidades y tampoco ha emitido el concepto de rehabilitación, lo que le impide conocer las condiciones de su salud.

Finalmente expresa que vive con su esposa y su hijo menor de edad, quienes dependen económicamente de él, por lo que reitera se le tutele los derechos vulnerados, y en consecuencia se ordene a la accionada autorice y programe la consulta de primera vez por especialista en medicina del trabajo, autorice y programe la cantoplastia y sutura profunda de herida única de párpado, adelante los trámites para la calificación de invalidez, emita el concepto de rehabilitación y lo remita al fondo de pensiones y ARL, por haber transcurrido más de 120 días de incapacidad, que asuma el costo de los pasajes, alimentación y alojamiento, y brinde una atención integral para el manejo de las patologías.

2. RESPUESTA DE LAS DEMANDADAS:

La **NUEVA EPS** se pronunció oportunamente; no obstante no acreditó haber autorizado en su totalidad las solicitudes requeridas por el accionante. Por su parte AGROPECUARIA ALIAR S.A., y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, solicitaron su desvinculación, por falta de legitimación en la causa por pasiva.

II. COMPETENCIA

Este Despacho Judicial es competente para conocer y fallar la presente Acción de Tutela, de conformidad con lo previsto en los Decretos 2591 de 1991, 1382 del 2000, 1983 de 2017 y demás Normas complementarias.

III. CONSIDERACIONES LEGALES Y CONSTITUCIONALES

Conforme a lo consagrado en el Artículo 86 Constitucional, toda persona tendrá Acción de Tutela, para reclamar ante los Jueces en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección de sus Derechos Constitucionales Fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la Acción u Omisión de cualquier Autoridad Pública. El Decreto 2591 de 1991 hizo extensiva esta Acción a los particulares en desarrollo de lo dispuesto en el inciso final del Artículo 86 ya mencionado que dispone, que la ley establecerá los casos en los que la Acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público, respecto de los cuáles el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Es entonces la Acción de Tutela un mecanismo jurídico, sencillo y expedito, dirigido a los Jueces y Magistrados y orientado a obtener el amparo contra los actos que violen, trasgredan o amenacen los Derechos Fundamentales consagrados constitucionalmente. De esto dimana que en el Estado Constitucional, cuyo fin supremo es la salvaguardia y protección de la vida, la Libertad, la Igualdad y la Dignidad Humana, no se puede concebir que alguno de los Derechos Fundamentales del ser humano se quede sin el amparo Estatal para su ejercicio eficaz, efectivo y pleno.

Así mismo ha manifestado la Corte que dos características esenciales de esta figura en el ordenamiento jurídico Colombiano son la subsidiariedad y la inmediatez; la primera por cuanto no solo resulta procedente instaurar la acción en subsidio o a falta de un instrumento constitucional o legal diferente, susceptible de ser alegado ante los jueces, esto es, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial para su defensa, a no ser de que busque evitar un perjuicio irremediable (Artículo 86, inciso 3 de la constitución).

La segunda, puesto que la acción ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación amenazado. Entonces por ser la acción tutelar un mecanismo residual de protección de los derechos fundamentales de estirpe constitucional, de carácter residual, sólo procede – por regla general –, cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial (inc. 3º art. 86 C. Pol.; núm. 1º art. 6º Dec. 2591/91), lo que significa que no es útil al propósito de ventilar asuntos que son resorte exclusivo de otro tipo de acciones judiciales.

De allí que la tutela *“no cabe cuando al alcance del interesado existe un medio judicial ordinario apto para la protección de sus derechos”, como tampoco “si el accionante dejó pasar la oportunidad que tenía, a la luz del ordenamiento jurídico en vigor, para utilizar los mecanismos de protección propicios, con miras a alcanzar sus pretensiones”¹.*

En ese sentido, la H. Corte Constitucional ha afirmado que la posibilidad de acudir a la acción de tutela *“(…) 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 por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión”².*

¹ T-722 de 26 de noviembre de 1998; Cfme: SU-542 de 28 de julio de 1999.

² T-106 de 1993, MP. Antonio Barrera Carbonell; Cfme: T-480 de 1993, MP: José Gregorio Hernández Galindo; T-896 de 2007.

Debido entonces a las especialísimas características de la acción de tutela, es que se impone al juez constitucional hacer todo lo que esté a su alcance para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales en cada caso, y para el efecto, cuenta con algunas facultades y deberes, entre los cuales se destaca, el de escudriñar tanto los hechos que puedan configurar una amenaza o vulneración de aquellos derechos, como precisamente todos los que puedan resultar afectados.

De cara a dicha finalidad, el funcionario no está sujeto ni limitado al contenido de la solicitud de amparo, sino que puede entre otras cosas, fallar incluso *ultra y extra petita*, esto es, pronunciarse sobre hechos y derechos que no hubiese sido expuestos e invocados en el escrito presentado por el accionante.

En cuanto al derecho a la salud, cumple señalar que su trasgresión atenta directamente contra el derecho a la vida y a la dignidad humana, y que además, ha sido reconocido como un derecho que requiere protección por vía de tutela, al punto que, como lo ha señalado la Corte Constitucional, al garantizársele el derecho a la salud a una persona, se le protegen derechos de rango constitucional como el derecho a la vida, y en otras ocasiones, mejoran el estándar de vida al resguardar el derecho a la dignidad humana.

El Artículo 49 de la Constitución Política, establece la garantía para que todos los ciudadanos accedan a los servicios de promoción, protección y recuperación en la salud de manera integral, es decir, cubriendo la atención necesaria para la rehabilitación física y mental. A su turno, el artículo 48 Superior consagró el derecho a la seguridad social y autorizó al legislador para que expidiera las leyes necesarias a fin de lograr el desarrollo integral del sistema de seguridad social. Para desarrollar este mandato constitucional, se expidió la Ley 100 de 1993 que en su artículo 153 señaló:

“Además de los principios generales consagrados en la Constitución Política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud las siguientes:

(...)

3. Protección integral. El Sistema General de Seguridad Social en Salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del Plan Obligatorio de Salud”.

Así mismo la Constitución Política establece cláusulas que identifican sujetos de especial protección constitucional; frente a ellos, la protección del derecho a la salud es **reforzada** debido a la situación de vulnerabilidad en la que en ocasiones se encuentran.

1. Problema jurídico.

Se trata de establecer si el señor JOSE QUERUBIN HENDE ESPAÑOL, tiene derecho a que de manera inmediata se le preste la atención médica reclamada, y por ende se le garanticen los derechos fundamentales que manifiesta le han vulnerado.

2. Análisis del caso concreto.

En este caso en particular y atendiendo lo expuesto en la solicitud de amparo, se evidencia efectivamente que el señor JOSE QUERUBIN HENDE ESPAÑOL se encuentra afiliado a la NUEVA EPS, según la historia clínica allegada con el escrito de tutela. Conforme a la misma historia clínica aportada, se evidencia que padece las patologías referidas y que además se le ordenaron una serie de valoraciones y exámenes, al igual que unos procedimientos quirúrgicos los cuales según lo reclamado, no se le han autorizado ni realizado por parte de la EPS.

Acorde a lo anterior, se advierte que ha existido negligencia por parte de la NUEVA EPS, al no gestionar, autorizar y realizar como era su obligación, la consulta de primera vez por especialista en medicina del trabajo, la cantoplastia y sutura profunda de herida única de parpado, dada la prelación por las condiciones de salud del paciente JOSE QUERUBIN HENDE ESPAÑOL y los riesgos que se generan para su vida, al no tratar de manera inmediata su condición médica.

Ahora bien, el accionante funda la afectación de los derechos fundamentales en la negligencia de la accionada en la proporción oportuna de atención médica y en el suministro de tratamiento digno y necesario para la recuperación y prevención de su salud. Al respecto, el Despacho advierte que es apremiante la atención médica a favor del paciente HENDE ESPAÑOL, lo que al momento de presentar la presente acción no se había efectuado según lo dicho por el accionante, a lo cual debe otorgársele plena credibilidad, no solo en virtud del principio de la buena fe, sino atendiendo que la accionada no acreditó haberlo realizado.

En el caso concreto, se plantea que la NUEVA EPS debe autorizar, gestionar y realizar de manera inmediata la **consulta de primera vez por especialista en medicina del trabajo y la cantoplastia y sutura profunda de herida única de párpado** a favor del señor JOSE QUERUBIN HENDE ESPAÑOL, y brindar un tratamiento digno y eficiente dada su condición de salud, poner a disposición suya, los recursos técnicos y humanos para el tratamiento de su patología.

En este orden, es claro a todas luces que la accionada NUEVA EPS debe proceder de manera inmediata a realizar todas las gestiones necesarias en aras de brindarle un tratamiento digno al señor JOSE QUERUBIN HENDE ESPAÑOL.

Respecto de los servicios adicionales no incluidos en el POS en el régimen contributivo o Subsidiado corresponde prestarlos al Estado por conducto de las Entidades Públicas o con las Privadas con las cuales tenga Contrato.

En tal hipótesis se debe relieves que la NUEVA EPS, a la que está afiliado el accionante, adquirió la obligación de prestarle el servicio de salud y no puede sustraerse a ella. Ahora bien, la Reglamentación del Plan Obligatorio de Salud, régimen contributivo o subsidiado, no puede exceder el alcance de la Constitución misma. En efecto, La H. Corte Constitucional reiteradamente ha sostenido en diversos pronunciamientos, que esa Normatividad no puede desconocer Derechos Fundamentales y las EPS no pueden recurrir al mismo para negar u omitir tratamientos o suministro de medicamentos necesarios para la preservación de la Vida, de la Salud, de la Integridad de las personas.

En tal caso procede la inaplicación de la reglamentación del POS por la vía de Excepción de Inconstitucionalidad del Reglamento. Igualmente resulta cierto que no se puede coonestar la agravación del estado de salud de la persona, porque ello sería no solo atentar contra la dignidad humana, sino que en correlación se atentaría contra el mismo derecho primario de la vida que se vería afectado. Así mismo ha indicado la Honorable Corte Constitucional en diferentes decisiones, que el Derecho Fundamental de la persona, prevalece sobre cualquier otro tipo de derechos. *Cuando surge conflicto, prevalece el Derecho Fundamental inaplicando la Legislación que se oponga a éste y ordenando la prestación de los servicios excluidos cumpliendo así con el Artículo 4º. Constitucional, porque ni siquiera la Ley puede permitir el desconocimiento de los derechos personalísimos de los individuos y cuando so pretexto de su cumplimiento se atenta contra ellos, no solamente es posible inaplicarla sino que es un deber hacerlo. Es decir que procede la inaplicación del POS por la vía de Excepción de Inconstitucionalidad del Reglamento. (Sent. T. 328 de 1.998).*

La Honorable Corte Constitucional ha precisado así mismo que:

"En casos de urgencia o gravedad comprobadas, no existe norma legal que ampare la negativa de prestar un servicio. Pues por encima de la Legalidad y Normatividad está la vida y la salud como fundamento de todo sistema (...) Los costos del tratamiento serán asumidos por La Entidad Promotora de Salud a la que esté afiliado el usuario, que tendrá la acción de repetición contra el Estado, para recuperar aquellos valores que legalmente no estaba obligada a sufragar". (S. T- 685- 1.998- H. C. Constitucional.)

Deberá entonces la demandada NUEVA EPS, autorizar, gestionar y realizar dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente decisión, la **consulta de primera vez por especialista en medicina del trabajo y la cantoplastia y sutura profunda de herida única de parpado**. Igualmente **deberá sufragar y cancelar el 100% de los gastos de transporte, alimentación y hospedaje del accionante junto con un acompañante.**

Adicionalmente deberá adelantar los trámites necesarios para la calificación de invalidez del señor JOSE QUERUBIN HENDE ESPAÑOL, emitir el concepto de rehabilitación y la correspondiente remisión a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR y a la ARL SURA.

Por las razones aludidas, se decidirá favorablemente la acción Constitucional invocada por el demandante, en aras a evitar que la entidad accionada omita garantizarle en forma oportuna, digna y rápida la prestación del servicio de salud y se dispondrá que la NUEVA EPS repita contra el ADRES por los gastos no POS en que incurra.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Gaitán, Meta, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- TUTELAR Los derechos Constitucionales fundamentales a la VIDA EN CONDICIONES DIGNAS, SEGURIDAD SOCIAL Y A LA SALUD invocados como vulnerados por el accionante JOSE QUERUBIN HENDE ESPAÑOL.

SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior se **ORDENA** al representante legal de la NUEVA EPS, que proceda dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente decisión a autorizar, gestionar y realizar **consulta de primera vez por especialista en medicina del trabajo y la cantoplastia y sutura profunda de herida única de párpado**, a favor del señor JOSE QUERUBIN HENDE ESPAÑOL. Igualmente **deberá sufragar y cancelar el 100% de los gastos de transporte, alimentación y hospedaje del demandante junto con un acompañante.** Adicionalmente deberá adelantar los trámites necesarios para la calificación de invalidez, emitir el concepto de rehabilitación y la correspondiente remisión a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR y a la ARL SURA.

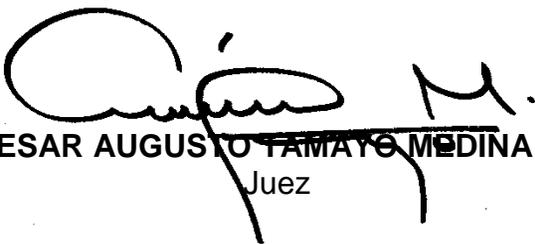
TERCERO.- LA **NUEVA EPS**, repetirá contra la administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud ADRES, para reclamar el pago de todos los servicios prestados, suministro de medicamentos, exámenes, insumos, instrumentos y tratamiento médico no POS, al señor JOSE QUERUBIN HENDE ESPAÑOL. La ADRES deberá cancelar esos costos con la mayor celeridad.

CUARTO.- El incumplimiento al presente fallo constituye Desacato sancionable conforme a la Ley.

QUINTO.- NOTIFICAR la presente decisión por el medio más expedito y eficaz.

SEXTO.- Si el presente fallo no fuere impugnado, envíese el expediente a la H. Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CESAR AUGUSTO TAMAYO MEDINA
Juez