



Floridablanca, veintinueve (29) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

TUTELA

RADICADO: 2021-00133
ACCIONANTE: MARÍA ELIZABETH GÓMEZ ROMERO
AGENCIADA: MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ JAIMES
ACCIONADOS: NUEVA EPS - y otra
ASUNTO: SENTENCIA DE TUTELA

A S U N T O

Se resuelve la acción de tutela interpuesta por la señora MARÍA ELIZABETH GÓMEZ ROMERO como agente oficiosa de su progenitor MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ JAIMES, contra la NUEVA EPS y la IPS clínica Oftalmológica MEDYSER, trámite al que se vinculó de manera oficiosa a la Secretaría de Salud de Santander, ante la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones dignas.

A N T E C E D E N T E S

1.- La señora María Elizabeth Gómez Romero como agente oficiosa de su progenitor Miguel Ángel Gómez Jaimes, expuso que este último de 69 años de edad se encuentra afiliado al régimen subsidiado de salud por medio de la NUEVA EPS, así mismo, padece de Catarata Senil, por ello, el 23 de septiembre de la presente anualidad en consulta de valoración en la clínica Oftalmológica MEDYSER, el especialista tratante le ordenó el procedimiento médico cirugía de catarata ojo izquierdo.

Indicó que el 27 de octubre de 2021 con mucho esfuerzo procedieron a pagar el lente que se requiere para la cirugía, la cual se realizaría en la clínica Oftalmológica MEDYSER, no obstante, a pesar que el lente llegó desde noviembre no se lo ha entregado la IPS y, tampoco a la fecha de la presentación de la acción constitucional tiene conocimiento de la programación del procedimiento; motivos suficientes para deprecar el amparo de sus derechos y, por ende, se ordene la autorización y materialización de lo prescrito por el galeno tratante y el tratamiento integral para la patología que lo aqueja.

2.- Una vez se avocó conocimiento, se vinculó al trámite tutelar a los representantes legales de la NUEVA EPS, de la IPS clínica Oftalmológica MEDYSER y, al Secretario de Salud de Santander, quienes señalaron lo siguiente:

2.1. El apoderado especial de la NUEVA EPS, informó que – en efecto – el agenciado se encuentra activo en el SGSS en salud del régimen subsidiado a través de esa entidad, por lo

cual le brindan todos los servicios médicos requeridos, conforme a las prescripciones médicas y dentro de la competencia y garantía del servicio de acuerdo a la red de servicios contratada para cada especialidad.

Aseguró que actualmente el área de salud de la entidad está realizando la gestión referente al petitum de la accionante en cuanto a los servicios de salud que están contemplados en el plan de beneficios de salud - resolución 2481 de 2020 – por lo cual se actualizarán integralmente los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la unidad de pago por capitación UPC.

En ese sentido, refirió que una vez conocida la problemática frente a la programación de la cirugía que requiere el afiliado para el tratamiento de su diagnóstico de catarata senil se procedió a requerir a la IPS MEDYSER, para que si no lo hubiere hecho proceda con la inmediata programación y materialización del procedimiento extracción extra capsular de catarata con implante de lente intraocular suturado

Por lo anterior, solicitó de manera principal que se deniegue por improcedente la solicitud de tratamiento integral, la cual hace referencia a servicios futuros e inciertos que no han sido siquiera prescritos por los galenos tratantes y se anticipa una supuesta prescripción, cuando pueden resultar aun en servicios que no son competencia de la EPS, como los no financiados por los recursos de la UPC, no obstante, de forma subsidiaria rogó que en el evento en que se rechace su pretensión inicial, se ordene al ADRES reembolsar todos aquellos gastos en que incurra la EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios.

2.2. El director apoyo Jurídico de contratación de la Secretaría de Salud de Santander, indicó que el señor Miguel Ángel Gómez Jaimes se encuentra inscrito en la base de datos del SISBEN del municipio de Floridablanca y afiliado a la NUEVA EPS en el régimen subsidiado. Frente a lo requerido dentro de la acción constitucional, mencionó que la NUEVA EPS no puede desligarse de su obligación de proveer todo lo necesario para el cumplimiento de la atención integral oportuna de la usuaria, pues finalmente es deber de las mismas de eliminar todos los obstáculos que les impiden a los afiliados acceder oportuna y eficazmente a los servicios que requieren de acuerdo a sus necesidades.

Por otra parte, indicó que con la expedición de la resoluciones números 205 y 206 de 2020, el Ministerio de Salud fijó los presupuestos máximos con el fin de que las EPS sean las encargadas de gestionar y administrar los recursos para servicios y medicamentos no financiados con cargo a la Unidad de Pago por Capitación - UPS - y no excluidos de la financiación con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en consecuencia,



las EPS cuentan con independencia administrativa y financiera a fin de garantizar a los ciudadanos todos los servicios y tecnologías que requieran, evitando así dilaciones y trámites administrativos innecesarios. Así las cosas, solicitó la improcedencia de la acción de tutela frente al ente territorial.

2.3. La Gerente y representante legal de la IPS clínica Oftalmológica MEDYSER, expuso que frente a los hechos planteados en el libelo de tutela no les consta los trámites de tipo administrativo que la actora ha intentado o ha realizado ante la NUEVA EPS.

De otro lado, indicó que el paciente fue atendido, así: i) por primera vez en esa IPS el 26 de agosto de 2021 por oftalmología, ii) el 3 de septiembre se le realizó valoración de optometría, iii) el 15 de septiembre se valoró por retina y el oftalmólogo tratante de la Institución solicitó varios exámenes pre quirúrgicos, biometría y recuento endotelial para proceder a la programación de la cirugía de catarata iv) el 23 de septiembre de 2021 se valoró por cirujano oftalmólogo, quien dio visto bueno de los exámenes pre quirúrgicos para continuar con el proceso, v) el 11 de octubre de 2021 se le realizó la biometría para la medida del lente que requiere para su cirugía, y vi) El 27 de octubre de 2021 el paciente solicitó de manera voluntaria adquirir un lente plegable especializado que se pide con medidas personalizadas del paciente, por tal razón consignó un excedente del costo del lente convencional que cubre la EPS y actualmente tiene programado el procedimiento requerido para el próximo 11 de enero de 2022 a la hora de las 8 a.m.

Así las cosas, pidió se declare improcedente la acción de tutela interpuesta contra esa entidad puesto que no ha vulnerado derecho fundamental alguno.

3.- Según constancia secretarial del 23 de diciembre de la presente anualidad se estableció comunicación telefónica con la accionante, quien indicó que si bien ya le fue comunicado que el procedimiento quirúrgico prescrito por el especialista oftalmólogo tratante en favor de su padre se programó para el 11 de enero de 2022 a la hora de las 8 a.m., aún no se ha materializado, lo cual le genera incertidumbre.

CONSIDERACIONES

4.- La acción de tutela es un mecanismo de carácter constitucional, concebido como el medio más expedito y celerado para proteger los derechos fundamentales afectados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de particulares, el cual se caracteriza por ser un instrumento de naturaleza subsidiaria y residual, de ahí que sólo procede ante la ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa, o cuando sea utilizado como herramienta transitoria para evitar la configuración de un perjuicio de carácter irremediable.



5.- Atendiendo a lo consignado en el art. 37 del Decreto 2591 de 1991 y el numeral 1º del art. 1º del Decreto 1983 de 2017, este Juzgado es competente para conocer la presente acción de tutela, toda vez que está dirigida contra la entidad promotora de salud NUEVA EPS y la IPS clínica Oftalmológica MEDYSER, y, en virtud a la vinculación de la Secretaría de salud de Santander.

6.- Conforme a lo previsto en los artículos 86 de la Carta Política y 10º del decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede presentarse directamente, a través de representante o agenciando derechos ajenos, por lo tanto, la señora María Elizabeth Gómez Romero, como agente oficiosa de su progenitor Miguel Ángel Gómez Jaimes, se encuentra legitimada para interponerla en su nombre, ante la imposibilidad de este último de acceder de forma directa atendiendo a su estado de salud.

7.- En el presente evento, el **problema jurídico principal** se restringe a determinar si el derecho a la salud del accionante fue vulnerado por la NUEVA EPS al no materializar el procedimiento quirúrgico que fue prescrito desde el 23 de septiembre de 2021 por el galeno Oftalmólogo tratante.

Desde ya se advierte que, la **respuesta al problema jurídico** deviene afirmativa, pues siendo deber de la EPS prestar la atención médica de manera oportuna que requieren los usuarios del servicio de salud que están afiliados a dicha entidad, sin justificación aparente se sustrajo de la misma quebrantando el derecho fundamental reclamado, priorizando situaciones de orden administrativo sobre el derecho fundamental a la salud de uno de los usuarios.

Como **problema jurídico asociado** se presentan el siguiente: en atención al incumplimiento de la entidad accionada respecto a la prestación del servicio médico debe concederse el tratamiento integral. La **respuesta al problema jurídico asociado** emerge negativa pues la insular falencia no puede catalogarse como suficiente para el decreto de lo implorado.

7.1. **Premisas de orden jurídico** sobre las cuales se soportan las afirmaciones anteriores.

7.1.1. Carácter autónomo del derecho a la salud.

En la actualidad, se predica la naturaleza fundamental del derecho a la salud, lo cual - sin duda - indica que ante su vulneración o puesta en peligro la protección podría implorarse – de forma independiente y autónoma - a través de la acción de tutela, sin que se supedite a la violación de otro derecho fundamental. Al respecto el máximo Tribunal Constitucional señaló que:



“...Así pues, la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud “en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal” para pasar a proteger el derecho “fundamental autónomo a la salud. Para la jurisprudencia constitucional “(...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud...”¹

Así mismo, la H. Corte Constitucional pacíficamente ha discernido respecto del derecho fundamental a la salud lo siguiente:

“...la Ley 1751 de 2015^[2] reconoció el carácter fundamental que comporta este derecho, tal como lo venía señalando la jurisprudencia constitucional. Dicha garantía, consiste en una serie de medidas y prestación de servicios, en procura de su materialización, en el más alto nivel de calidad e integralidad posible. En ese orden, esta Corte ha sostenido que, en virtud del derecho fundamental a la salud, el Estado está en la obligación de adoptar aquellas medidas necesarias para brindar a las personas este servicio de manera efectiva e integral, derecho que, de encontrarse de alguna manera amenazado, puede ser protegido por vía de acción de tutela...”²

7.1.2. Específicamente, acerca del derecho a la salud en las personas de la tercera edad, como sujetos de especial protección. Al respecto la Corte Constitucional refirió lo siguiente.

“...Tratándose de personas en estado de debilidad, sujetos de especial protección por parte del Estado como es el caso de los niños, los discapacitados y los adultos mayores (C.P. arts. 13, 46 y 47) la protección al derecho fundamental a la salud se provee de manera reforzada, en virtud del principio de igualdad y la vulnerabilidad de los sujetos enunciados. Así, la omisión de las entidades prestadoras del servicio de salud, la falta de atención médica o la imposición de barreras formales para acceder a las prestaciones hospitalarias que se encuentren dentro del POS que impliquen grave riesgo para la vida de personas en situación evidente de indefensión (como la falta de capacidad económica, graves padecimientos en enfermedad catastrófica o se trate de discapacitados, niños y adultos mayores) son circunstancias que han de ser consideradas para decidir sobre la concesión del correspondiente amparo. Por lo tanto, obligan al juez constitucional a no limitarse por barreras formales en un caso determinado, por el contrario, en aras de la justicia material su función constitucional es proteger los derechos fundamentales...”³

¹ Sentencia T-700 de 2009, M.P. Humberto A. Sierra Porto.

² Sentencia T-062 de 2017, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

³ Sentencia T 193-2013 M.P. Alexei Julio Estrada



7.1.3. En lo que tiene que ver con el problema jurídico asociado, encaminado al reconocimiento del tratamiento integral, debe señalarse acerca de dicho instituto que está regulado en el artículo 8° de la Ley 1751 de 2015, implica garantizar el acceso efectivo al servicio de salud, lo que incluye suministrar “todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no”⁴. Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir “prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad”⁵.

De manera precisa Respecto la H. Corte Constitucional ha discernido lo siguiente:

“...Así, por regla general, los servicios que deben ser otorgados de manera integral, 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.”...(...).... Ahora bien, la Corte ha identificado que existen ciertos eventos en los que no se logra evidenciar con claridad que el tratamiento solicitado por el paciente relacionado con la atención integral, provenga de una orden médica o siquiera se acredite concepto o criterio del galeno, por tanto, sostiene que, en estos casos, el juez constitucional al conceder el amparo, debe ajustarse a precisos presupuestos, que le permitan determinar con claridad la orden que se pretende dictar, a saber:“(i) la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable”...” (Negritas y subraya fuera de texto).

7.2. Premisas de orden fáctico

Ahora bien, se encuentra probado dentro del presente trámite constitucional porque obran elementos de juicio que así lo acreditan o no fue objeto de discusión entre las partes, lo siguiente:

i) El señor Miguel Ángel Gómez Jaimes, cuenta con 69 años de edad, se encuentra afiliado al régimen subsidiado de salud a través de la NUEVA EPS y hace parte del SISBEN, es decir,

⁴ Entre otras, las sentencias T-872 de 2012 y T-395 de 2015.

⁵Sentencia T-611 de 2014.



que es integrante de la población menos favorecida lo cual le impide asumir el costo de los servicios de salud de manera directa;

ii) Según el médico tratante – y el registro de la historia clínica - el afectado padece de Catarata Senil no especificada;

iii) Conforme se establece de la formula médica allegada al expediente, el 23 de septiembre de 2021 fue valorado en la IPS clínica Oftalmológica MEDYSER por el oftalmólogo tratante adscrito a la NUEVA EPS, quien consideró – en razón al diagnóstico de Catarata Senil no especificada que presentaba el agenciado requería manejo quirúrgico, específicamente cirugía extracción extracapsular de cristalino con implante de lente intraocular suturado ojo izquierdo;

iv) El procedimiento quirúrgico aún no se ha materializado pese a que fue ordenado desde el 23 de septiembre de 2021 por el especialista tratante.

8.- **Conclusiones.** Al contrastar las premisas de orden fáctico con las glosas legales y jurisprudenciales, se logró dilucidar lo siguiente:

8.1. En primer lugar, en lo que respecta al problema jurídico principal es claro que la tardanza en la materialización del procedimiento quirúrgico ordenado afecta de forma negativa el derecho a la salud del usuario y, por ende, en su calidad de vida, quien hace parte de la población menos favorecida, de allí su condición de sujeto de especial protección.

8.1.1. Existe una afectación a la garantía referida puesto que, desde el 23 de septiembre de la presente anualidad el especialista en oftalmólogo prescribió la realización del procedimiento, pues se trataba de una cirugía extracción extracapsular de cristalino con implante de lente intraocular suturado ojo izquierdo, cuyo manejo debe ser prioritario dada la pérdida progresiva de la visión y, pese a ello, la EPS ha dilatado la práctica de la misma; puesto que ha transcurrido más de tres meses y aún no se ha materializado, obviando que lo que pone en riesgo es la vida digna de uno de los usuarios del sistema de salud que eligió dicha entidad como su prestador de servicio.

8.1.2. Inexcusable resulta la actitud asumida por la EPS, pues es una obligación de la entidad prestar en forma oportuna los servicios de salud que requiera el afiliado, máxime si no se evidencia que se encuentren por fuera del POS hoy Plan de beneficios en Salud, a lo que se suma que no media explicación alguna o razón atendible que soporte esa tardanza, que la justifique o haga entendible el actuar negligente y despreocupado, pese a que existe una orden medica dada por un galeno adscrito a la EPS para la patología que afronta el agenciado.



8.1.3. Entonces, sin mayores elucubraciones es fácil concluir que se está vulnerando el derecho fundamental reclamado y la tutela emerge como la única vía de protección confiable; así las cosas, se amparará la garantía fundamental y, en consecuencia, se ordenará al representante legal de la NUEVA EPS que dentro del término de 15 días hábiles contados a partir de la notificación de la presente decisión - si aún no lo ha hecho - autorice y materialice en favor del agenciado Miguel Ángel Gómez Jaimes el procedimiento quirúrgico prescrito, conforme lo dispuso el especialista oftalmólogo tratante.

8.2. Respecto del tratamiento integral debe señalarse que el mismo no resulta procedente, puesto que se trata del primer incumplimiento conocido de parte de la entidad demandada, el cual si bien resulta reprochable lo cierto es que no puede tildarse de permanente ni mucho menos constante.

Si bien la entidad ha tardado en materializar el servicio prescrito y ello sin lugar a dudas pone en riesgo el derecho a la salud del accionante, también lo es que viene adelantando labores dirigidas a satisfacer el único incumplimiento conocido, de ahí que bajo el principio de la buena fe, debe entenderse que el pretérito actuar de la entidad demandada siempre se ajustó al cumplimiento de sus obligaciones, máxime si no existe prueba que indique lo contrario.

Por lo tanto, la solicitud de tratamiento integral sólo puede calificarse como genérica y carente de elemento demostrativo o jurídico alguno, siendo obligación del accionante ilustrar al juez constitucional sobre el sistemático actuar desviado por parte de la entidad accionada lo cual no fue probado; además no puede obviarse que la concesión del tratamiento integral no opera de forma automática por el simple hecho de considerarse vulnerado o puesto en peligro el derecho fundamental a la salud, ya que - como se pudo observar – debe subsumirse el supuesto de hecho a los requisitos contemplados por la jurisprudencia para su procedencia, lo que en este caso no se encuentra demostrado.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEXTO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTIAS DE BUCARAMANGA DESCENTRALIZADO EN FLORIDABLANCA– en tutela -, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: **TUTELAR** el derecho fundamental a la salud y la vida en condiciones de dignidad del señor MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ JAIMES identificado con la cédula d ciudadanía número 13'828.836, conforme lo expuesto en la parte motiva de ésta decisión.



SEGUNDO: **ORDENAR** al Representante Legal de la NUEVA EPS - o quien haga sus veces - que dentro del término de quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia – si aún no lo ha hecho -, autorice y materialice en favor del agenciado MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ JAIMES el procedimiento medico denominado cirugía extracción extracapsular de cristalino con implante de lente intraocular suturado ojo izquierdo, conforme la prescribió el especialista tratante desde el 23 de septiembre de 2021. So pena de incurrir en desacato de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: **DENEGAR** la solicitud de tratamiento integral por las razones expuestas en antecedencia.

CUARTO: **NOTIFICAR** el presente fallo a las partes, conforme a los parámetros consagrados en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: **ENVIAR** el presente fallo a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que no fuere impugnado.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

El Juez,

GABRIEL ANDRÉS MORENO CASTAÑEDA