



Cartagena de Indias D.T. y C., Julio trece (13) de dos mil diecisiete (2017)

Acción	ACCIÓN DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-005-2017-00123-01
Demandante	JANETH DEL CARMEN BARRIOS
Demandado	NUEVA EPS
Magistrado	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>Vulneración los derechos fundamentales invocados por la accionante diagnosticada con Cáncer Gástrico, al no generar la Nueva EPS autorización de procedimiento correspondiente a la prescripción hecha por el médico tratante.</i>

I. OBJETO A DECIDIR

Incumbe a la Sala, dirimir la impugnación presentada por la parte accionada contra la sentencia del siete (7) de junio de 2017¹, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, en la que se concedió el amparo de los derechos fundamentales invocados por la señora JANETH DEL CARMEN BARRIOS MORENO

II. ACCIONANTE

La presente acción constitucional la instauró la señora JANETH DEL CARMEN BARRIOS MORENO, identificado con la C.C. No. 45.432.086 de Pinillos - Bolívar.

III. ACCIONADO

La acción está dirigida en contra de LA NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD – NUEVA EPS

IV. ANTECEDENTES

4.1. Pretensiones.

JANETH DEL CARMEN BARRIOS MORENO, en su calidad de accionante, solicita se le protejan los derechos fundamentales a la vida, la salud, la seguridad social, la igualdad y a la dignidad humana; en consecuencia, se ordene a la entidad que

¹ Fols. 92 – 100 Cdo 1

13-001-33-33-005-2017-00123-01

de manera inmediata libre orden para cirugía de GASTRECTOMÍA TOTAL + VACIAMIENTO GANGLIONAR ABDOMINAL + RECONSTRUCCIÓN POR VÍA LAPAROSCÓPICA, con su médico tratante el Dr. Juan Carlos Hoyos Valdelamar, en un hospital de tercer o cuarto nivel donde el antes mencionado galeno presta sus servicios y en el lugar de domicilio de la accionada, esto es, Cartagena de Indias, en clínicas como Medihelp, Nuevo Hospital de Bocagrande, Clínica Santa Cruz de Bocagrande, Hospital Universitario del Caribe, Clínica Nuestra.

Así como también, subsidiariamente solicita que de no poder concretarse la cirugía con su médico tratante, se ordene la cirugía con otro médico disponible, siempre y cuando cumpla con el requisito de ser especialista en cirugía oncológica gastrointestinal y no con un cirujano general.

4.2. Hechos².

La parte accionante, como sustento a sus pretensiones, expuso los siguientes hechos que se compendian así:

Afirma la recurrente que se encuentra afiliada al sistema de salud NUEVA EPS, en el régimen contributivo.

Alega que, tiene 56 años de edad y que fue diagnosticada con CÁNCER GÁSTRICO; así mismo, manifiesta que según resultado de patología y descripción microscópica, muestra MUCOSA GÁSTRICA CORPORAL CON UNA LESIÓN TUMORAL MALIGNA DE LINAJE EPITELIAL, CONSTITUIDA POR UNA PROLIFERACIÓN DE CÉLULAS DE TAMAÑO INTERMEDIO A GRANDES, DE NÚCLEOS HIPERCROMÁTICOS, QUE SE DISPONEN DE FORMA DIFUSA INFILTRANDO EL ESTROMA CIRCUNDANTE CON REACCIÓN DEMOPLÁSTICA Y ACTIVIDAD MITÓTICA PROMINENTE, siendo confirmado a través de estudios de inmunohistoquímica y tomografía por emisión de positrones.

Informa la actora, que presentó molestias estomacales a partir del año 2014, pese a que acudió de manera inmediata a consultas con medicina general y haber solicitado la remisión a un especialista, no fue posible, siempre manifestaron que lo padecía era la bacteria *Helicobacter Pylori* y gastritis. La remisión a la especialidad de gastroenterología le fue dada en febrero del año 2016, siendo atendida por el Dr. Hernando Coba Barrios, pero este no emitió diagnóstico alguno, a pesar de haber sido examinada a través de gastroduodenoscopias, solo fue medicada con omeprazol, entre otros medicamentos que incluso debió

² Fols. 1- 5 Cdno 1

13-001-33-33-005-2017-00123-01

comprar con recursos propios como es el caso de segregar, que le resultaban costoso y no hacían inferencia en la patología.

La demandante expone que, su estado de salud era cada vez más precario, razón por la cual acudió a consulta particular. Además arguye que, en consulta particular con el Dr. Juan Hoyos Valdelamar el 02 de julio de 2016, dedujo que padecía CÁNCER GÁSTRICO, haciéndole saber que debía ser sometida a cirugía urgente.

Aduce que, para el mes de octubre del año 2016, su estado de salud decae y empezó a presentar dificultades respiratorias, cefaleas constantes, dolor estomacal y presión alta, pero solo le suministraban medicamentos que permitieran aliviar el dolor. Dado lo anterior, recurre nuevamente al Dr. Coba Barrios, convocando a junta médica, donde le ordenan exámenes de gammagrafía, pet scan y laboratorio clínico. Los exámenes en mención, fueron realizados porque dado su estado de salud, fue hospitalizada en fecha 22 de febrero del año 2017, por orden emitida por el médico internista.

En la hospitalización alegada por la accionante, manifiesta que le fue tratada la tos sin obtener mejoría alguna, y el dolor estomacal se hacía cada vez más agudo, la medicina que le era aplicada ya no era eficaz. Pese a lo anterior, fue dada de alta el día 10 de abril del año en curso, con los mismos malestares, lo cual trajo como consecuencia su hospitalización nuevamente en fecha 13 de marzo del año 2017, en la que el médico internista le ordenó una gastroduodenoscopia que fue practicada por el Dr. Pedro Imbett, quien tomó las muestras necesarias para la biopsia que arrojó como diagnóstico Cáncer Gástrico.

En la clínica Blas de Lezo, procedieron a ordenar la valoración pertinente con un médico especialista en gastroenterología, el Dr. Arturo Hernández, quien manifestó que requería la cirugía de carácter urgente, por tanto ordenó estudio de inmunohistoquímica y de ganglio axilar, además de cita con gastroenterología y oncología, razón por la cual, fue remitida a la sociedad de cancerología de la costa, donde fue atendida por el oncólogo Gabriel Rodríguez quien emitió concepto de cirugía inmediata. Dado que la Nueva EPS no contaba con médico para la especialidad requerida, fue remitida al doctor Juan Carlos Hoyos Valdelamar, quien confirmó el diagnóstico, el cual fue emitido por él con anterioridad y en consecuencia, ordenó la cirugía de gastrectomía total + vaciamiento ganglionar abdominal + reconstrucción por vía laparoscópica de carácter urgente y prioritario.

Una vez emitida la orden de servicio por parte de Nueva EPS, bajo el No. 72352216, procedió a constatar que la orden fue dada de manera incompleta ya que no estaba autorizando la totalidad de los servicios prescritos por el médico tratante y siendo dirigida a la Clínica General del Norte de la ciudad de Barranquilla, inobservando que su médico tratante es el Dr. Juan Carlos Hoyos Valdelamar.

4.3 CONTESTACIÓN DE LA NUEVA EPS³

LA NUEVA EPS, en su escrito de contestación, aduce que ha sido garante de los servicios de salud de la recurrente de manera periódica y oportuna, teniendo en cuenta las prescripciones de sus médicos tratantes.

En razón de lo anterior, la Nueva EPS, emitió autorización para procedimiento de GASTRECTOMÍA TOTAL VÍA LAPAROSCÓPICA, remitida a la IPS Organización Clínica General del Norte S.A, que hace parte de la red de servicio de la accionada EPS, para garantizar la prestación del servicio; Así como también sostiene que, programó previa valoración para el día 21 de junio del año 2017 a las 12:00 p.m. con el Dr. Álvaro Jalal cirujano gastrointestinal en el edificio de consulta externa ubicado en la carrera 48 #70-139.

De otro lado, aduce que no es posible que el procedimiento sea realizado por el Dr. Juan Carlos Hoyos, toda vez que, no hace parte de la red de la Nueva EPS, aclarando que los contratos son realizados con IPS que presten servicios, mas no médicos especialistas.

En lo que atañe a la pretensión de la recurrente, tendiente a la prestación del servicio en una IPS en la ciudad de Cartagena, expone que en la antes mencionada ciudad, no cuenta con la red de servicios contratada para la realización del procedimiento requerido, razón por la que no podría acceder a la solicitud.

Para finalizar, pone de presente que la Nueva EPS es una entidad promotora de salud, que garantiza la prestación de servicios médicos a sus afiliados menores y mayores de edad, a través de las IPS que esta tiene contratadas en su red de servicios y los usuarios al momento de la afiliación a la EPS y en razón del contrato por la prestación de los servicios médicos, tanto cotizante como beneficiario aceptan recibir los servicios que ofrezca la entidad en las diferentes IPS propias.

³ Fols. 88 – 90 Cdn 1

13-001-33-33-005-2017-00123-01

Todo aquello, para decir, que al contar con las instituciones para realizar el procedimiento médico solicitado, no hay razón para que la accionante se rehúse a su realización en la entidad autorizada para ello.

V. FALLO IMPUGNADO⁴

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del siete (07) junio de 2017, resolvió tutelar los derechos invocados por la accionante; en consecuencia, ordenó a la NUEVA EPS que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la decisión tomada, emita las autorizaciones en la forma y condiciones ordenadas por su médico tratante para que le sea practicado a la señora JANETH DEL CARMEN BARRIOS MORENO lo más pronto posible el procedimiento de GASTRECTOMÍA TOTAL + VACIAMIENTO GANGLIONAR ABDOMINAL + RECONSTRUCCIÓN POR VÍA LAPAROSCÓPICA, con el doctor Juan Carlos Hoyos Valdelamar, en una IPS del nivel de complejidad requerido para procedimientos como el mencionado, en la ciudad de Cartagena.

De igual forma, la Juez de primera instancia ordenó a la entidad accionada que garantice el tratamiento integral a la señora Janeth del Carmen Barrios Moreno, que debe comprender el cuidado, intervenciones quirúrgicas, suministro de medicamentos, realización de exámenes diagnósticos, prácticas de rehabilitación y seguimiento, además de cualquier otro componente que el médico tratante valore como necesario, bien sea POS o NO POS para el tratamiento del cáncer que padece.

VI. IMPUGNACIÓN

6.1. NUEVA EPS⁵

La entidad impugnó el fallo de tutela con relación al numeral segundo y tercero que ordenaron lo siguiente:

***“SEGUNDO:** Ordenar a NUEVA EPS que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, y sin más dilaciones expida las autorizaciones en la forma y condiciones ordenadas por su médico tratante para que le sea practicado lo más pronto posible el*

⁴ Fols. 92 – 100 Cdno 1

⁵ Fols. 114 – 118 Cdno 1

13-001-33-33-005-2017-00123-01

procedimiento GASTRECTOMIA TOTAL+ VACIAMIENTO GANGLIONAR ABDOMINAL+RECONSTRUCCIÓN POR VIA LAPAROSCOPICA, con el dr. Juan Carlos Hoyos Valdelamar, su médico tratante médico especialista en Cirugía Oncológica Gastrointestinal, en una IPS del nivel de complejidad requerido para este tipo de procedimiento que exista en la ciudad de Cartagena (domicilio de la accionante)

TERCERO: *Ordénese a NUEVA EPS que garantice el tratamiento integral a **JANETH DEL CARMEN BARRIOS MORENO**, el cual debe comprender el cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, realización de exámenes de diagnóstico y seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario POS y no POS para el tratamiento del cáncer que padece.”*

Solicitando su revocatoria, para lo cual planteó los siguientes argumentos:

Reitera que cuenta con el servicio requerido en la ciudad de Barranquilla, toda vez que, lo tiene contratado a través de una IPS en esa ciudad, IPS que cuenta con especialistas con la capacidad necesaria para la prestación adecuada del servicio, por lo que a la accionante se le está garantizando el servicio de salud al emitir autorización con médicos e IPS que componen la red de prestadores de la Nueva EPS.

Insiste de otro lado, que no hay justificación alguna para que la demandante se rehúse a la realización del procedimiento en la entidad autorizada para ello; además, sostiene que el Dr. Juan Carlos Hoyos Valdelamar no hace parte de la red de prestadores de Nueva EPS, por ello, no es dable autorizar el procedimiento con el especialista antes mencionado. Sin embargo, arguye que la Nueva EPS cuenta con IPS que a su vez tienen en su cuerpo médico la especialidad requerida para el procedimiento de la paciente.

Respecto al tratamiento integral referido, alega que por parte de la entidad de NUEVA EPS, no se pueden ordenar tratamientos integrales a ningún tipo de pacientes, en virtud a que estos ordenamientos son realizados por médicos tratantes del paciente y que van conforme a los requerimientos del mismo, en virtud a que la entidad no conoce con certeza el comportamiento y desarrollo de la patología.

VII. RECuento PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del nueve (09) de junio de dos mil diecisiete 2017⁶, proferido por el Juzgado de origen, se concedió la impugnación, por lo que fue asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado el nueve (09) de junio de dos mil diecisiete (2017)⁷, siendo finalmente recibido y admitido por esta Magistratura el día trece (13) de junio de dos mil diecisiete (2017)⁸.

VIII. PRUEBAS DEL EXPEDIENTE

Las pruebas obrantes en el expediente son las siguientes:

- Copia de cédula de ciudadanía de la señora Janeth Barrios Moreno⁹.
- Copia de reporte de resultado de patología emitido por la Clínica Blas de Lezo.¹⁰
- Copia de reporte de anatomía patológica emitido por el laboratorio Bio – Molecular.¹¹
- Copia de reporte de resultados de patología, emitido por la Clínica Blas de Lezo.¹²
- Copia de resultado estudio tac – abdomen simple y contrastado, emitido por la Clínica Blas de Lezo.¹³
- Copia de epicrisis de hospitalización, emitido por la Clínica Blas de Lezo.¹⁴
- Copia de hoja de evolución de la señora Janeth Barrio Moreno, emitido por la Clínica Blas de Lezo.¹⁵
- Copia de estudio pet – ct de fecha 24 de abril de 2017, emitido por la Organización Clínica General del Norte.¹⁶
- Copia de resultados de laboratorio, emitidos por Pasteur – Laboratorios Clínicos de Colombia S.A.¹⁷

⁶ Fol. 119 Cdno 1

⁷ Fol. 1 Cdno 2

⁸ Fol. 4 Cdno 2

⁹ Fol. 17 Cdno 1

¹⁰ Fol. 18 Cdno 1

¹¹ Fol. 19 Cdno 1

¹² Fol. 20 Cdno 1

¹³ Fol. 21 Cdno 1

¹⁴ Fols. 22 – 24 Cdno 1

¹⁵ Fol. 25 Cdno 1

¹⁶ Fols. 26 – 27 Cdno 1

¹⁷ Fol. 28 Cdno 1

13-001-33-33-005-2017-00123-01

- Copia de consulta de la señora Janeth del Carmen Barrios Moreno, emitido por la Sociedad de Cancerología de la Costa S.A.S.¹⁸
- Copia de solicitud de servicios emitido por la Sociedad de Cancerología de la Costa S.A.S.¹⁹
- Copia de remisión de la paciente Janeth Barrios Moreno, emitido por la Nueva E.P.S.²⁰
- Copia de consulta de la señora Janeth del Carmen Barrios Moreno, emitido por la Sociedad de Cancerología de la Costa S.A.S.²¹
- Copia de diagnóstico de la señora Barrios Moreno, emitido por el Dr. Juan Carlos Hoyos Valdelamar.²²
- Copia de orden quirúrgica de la señora Barrios moreno, emitida por el Dr. Juan Carlos Hoyos Valdelamar.²³
- Copia de prescripción médica de la señora Janeth Barrios Moreno, emitido por el Dr. Juan Carlos Hoyos Valdelamar.²⁴
- Copia de seguimiento a radiaciones, emitido por la Nueva E.P.S.²⁵
- Copia de autorización de servicios emitido por la Nueva E.P.S.²⁶
- Copia de atención de consulta médica general y especializada, emitido por la Nueva E.P.S.²⁷
- Copia de Historia Clínica de la señora Janeth Barrios Moreno, emitido por la Nueva E.P.S.²⁸
- Copia de historia clínica de la señora Janeth Barrios Moreno.²⁹
- Copia de resultado de la junta médica, emitido por Bienestar I.P.S.³⁰
- Copia de informe anatomopatológico No. 1467-2016 de la señora Janeth Barrios Moreno, emitido por la Clínica de Diagnóstico Avanzado y Patología Oncológica Laboratorio de Patología.³¹
- Copia de reporte de anatomía patológica de la señora Janeth Barrios Moreno, emitido por el laboratorio de patología Bio – Molecular.³²
- Copia de cuadro clínico de la señora Barrio Moreno, emitido por el Dr. Juan Carlos Hoyos Valdelamar.³³

¹⁸ Fol. 29 Cdno 1

¹⁹ Fol. 30 Cdno 1

²⁰ Fol. 31 Cdno 1

²¹ Fol. 32 Cdno 1

²² Fol. 33 Cdno 1

²³ Fol. 34 Cdno 1

²⁴ Fol. 35 Cdno 1

²⁵ Fol. 36 Cdno 1

²⁶ Fol. 37 Cdno 1

²⁷ Fol. 38 Cdno 1

²⁸ Fols. 39 – 40 Cdno 1

²⁹ Fols. 41 – 46 Cdno 1

³⁰ Fols. 47 – 48 Cdno 1

³¹ Fol. 49 Cdno 1

³² Fol. 50 Cdno 1

³³ Fol. 51 Cdno 1

IX. CONSIDERACIONES

9.1. La competencia

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en segunda instancia, según lo establecido por artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

9.2. Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que los problemas jurídicos a resolver son los siguientes:

¿Vulnera LA NUEVA EPS los derechos fundamentales a la vida, salud, dignidad humana, seguridad social e igualdad, de la señora JANETH DEL CARMEN BARRIOS MORENO diagnosticada con Cáncer Gástrico al no generar la autorización de procedimiento correspondiente a la prescripción hecha por el médico tratante, esto es, GASTRECTOMÍA + VACIAMIENTO GANGLIONAR ABDOMINAL + RECONSTRUCCIÓN POR VÍA LAPAROSCÓPICA y al manifestar que por parte de la entidad no pueden ser ordenados tratamientos integrales a ningún tipo de pacientes, bajo el entendido que las ordenes son realizados por médicos tratantes del paciente y que van conforme a los requerimientos del mismo y por ende no conoce con certeza el comportamiento y desarrollo de la patología?

Para abordar los problemas planteados, se hará énfasis en los siguientes aspectos: i) Generalidades de la acción de tutela; ii). La salud como derecho fundamental susceptible de ser amparado mediante acción de tutela; iii) El principio de integralidad en el derecho a la salud; iv) Derecho fundamental a la salud y su especial protección tratándose de personas con Cáncer; vi) Caso concreto.

9.3 TESIS DE LA SALA

En ese orden de ideas, la Sala sostendrá que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, toda vez que la recurrente padece una enfermedad catalogada para la H. Corte Constitucional como catastrófica y ruinosa, además la protección de debe ser integral, en atención al grado de vulnerabilidad en la que se encuentra.

9.4. Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario, es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

9.5 La salud como derecho fundamental susceptible de ser amparado mediante acción de tutela.

La Constitución Política, en sus artículos 48 y 49, consagra el derecho a la seguridad social y determina que la salud es un servicio público esencial a cargo del Estado, que debe ser prestado con sujeción a los principios de eficiencia,

13-001-33-33-005-2017-00123-01

universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley³⁴. Así mismo, su prestación debe ser continua³⁵, es decir, de forma ininterrumpida, constante y permanente, sin que sea admisible su interrupción sin la debida justificación constitucional. Los artículos superiores citados, han sido desarrollados paulatinamente por sendas jurisprudencias de la Corte Constitucional, en las que se han precisado las pautas de su aplicación, alcance y defensa.

En tal sentido, se destaca la sentencia T-760 de 2008, mediante la cual se analizó los requisitos establecidos -excesos y carencias- en la regulación legal de la prestación del servicio de salud en el país, y en la que se determinó que todas las personas pueden hacer uso de la acción de tutela para obtener la protección efectiva de su derecho fundamental a la salud, ante cualquier amenaza o violación, reafirmando la categoría autónoma de fundamentalidad para el derecho a la salud, bajo el siguiente tenor:

“El reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía. (...) El Comité [de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] advierte que ‘todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente’, y resalta que se trata de un derecho ampliamente reconocido por los tratados y declaraciones internacionales y regionales, sobre derechos humanos. Observa el Comité que el concepto del ‘más alto nivel posible de salud’ contemplado por el PIDESC (1966), tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado, en tal sentido es claro que éste no está obligado a garantizar que toda persona goce, en efecto, de ‘buena salud’, sino a garantizar ‘toda una gama de facilidades, bienes y servicios’ que aseguren el más alto nivel posible de salud.”

³⁴ El artículo 2° de la ley 100 de 1993, define los principios sobre los cuales debe basarse el servicio público esencial de seguridad social y la forma como debe prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, así:

“a. EFICIENCIA. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente; (...)

d. INTEGRALIDAD. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley; (...).”

³⁵ Relacionadas con el principio de continuidad en la prestación del servicio, entre muchas otras, pueden verse las sentencias: T-059 de 1997, T-515 de 2000, T-746 de 2002, C-800 de 2003, T-685 de 2004, T-858 de 2004, T-875 de 2004, T-143 de 2005, T-305 de 2005, T-306 de 2005, T-464 de 2005, T-508 de 2005, T-568 de 2005, T-802 de 2005, T-842 de 2005, T-1027 de 2005, T-1105 de 2005, T-1301 de 2005, T-764 de 2006, T-662 de 2007, T-690 A de 2007, T-807 de 2007, T-970 de 2007 y T-1083 de 2007.

Con esa perspectiva, por su naturaleza prestacional, la salud es considerada un derecho fundamental³⁶ y un servicio público de amplia configuración legal; no obstante, corresponde a la ley definir los sistemas de acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo. En tal razón la propia Corte Constitucional ha considerado que:

*“En materia de amparo del derecho fundamental a la salud por vía de tutela una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario orientadas a determinar cuáles son las prestaciones obligatorias en salud y a trazar las vías de acceso a la seguridad social, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, **todas las personas sin excepción** pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud cuando quiera que este derecho se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado.*

Por tal motivo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido constante y enfática en afirmar que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.), en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POSS), en el Plan de Atención Básica (PAB), en el Plan de Atención Complementaria (PAC) así como ante la no prestación de servicios relacionados con la obligaciones básicas definidas en la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puede acudirse directamente a la tutela para lograr su protección”³⁷.

Ello quiere decir, que procede el amparo en sede de tutela, cuando resulta imperioso, velar por los intereses de cualquier persona, que así lo requiera³⁸. En ese orden, la materialización del derecho fundamental a la salud, exige que todas las entidades que prestan dicho servicio, se obliguen a la óptima prestación del mismo, en la búsqueda del goce efectivo de los derechos de sus afiliados, conforme al marco normativo señalado, comoquiera que la salud compromete el ejercicio de distintas garantías, como es el caso del derecho a la

³⁶ Con la misma línea jurisprudencial en torno a la protección del derecho a la salud por intermedio de la acción de tutela, en las cuales se ha indicado que esta garantía es de raigambre fundamental, puede consultarse las sentencias T-999/08, T56610

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-016 de 2007.

³⁸ Al respecto es oportuno referir lo expuesto en la sentencia T-581 de 2007, donde se señaló: “A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a, por un lado, que se trate de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, entre otros), o por otro, que se trate de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a la idea de un Estado constitucional de derecho. Así, el derecho a la salud debe ser protegido por el juez de tutela cuando se verifiquen los anteriores criterios.”

vida y a la dignidad humana.³⁹

Ahora bien, acerca los servicios no incluidos en el POS, en la antes mencionada sentencia T- 760 de 2008 se dijo: *“Toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios de salud que requiera con necesidad, es decir, que hayan sido ordenados por el médico tratante que ha valorado científicamente la necesidad del mismo y que el interesado no tiene para costearlo por sí mismo la capacidad económica (porque su costo es impagable por el interesado dado su nivel de ingreso o le impone una carga desproporcionada para él)...⁴⁰”*; Posición reiterada en sendas sentencias⁴¹, en las que se reconocen ciertos criterios para determinar la procedencia de otorgar los medicamentos NO POS, a saber:

- i) Que la falta de medicamentos o tratamientos excluidos amenaza los derechos fundamentales a la vida, la dignidad o la integridad física;
- ii) Que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado el paciente que demanda el servicio;
- iii) Que el medicamento no puede ser sustituido por otro de los contemplados en el plan obligatorio de salud o que pudiendo serlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan; y,
- iv) Que el paciente no puede sufragar el costo de lo requerido.

En todo caso, corresponderá al juez de tutela verificar el cumplimiento de estos presupuestos y una vez comprobados se podrá ordenar a la EPS correspondiente, suministrar los procedimientos y medicamentos, para que se lleve a cabo el tratamiento y se realice el procedimiento médico solicitado.

³⁹ En la sentencia T-790 de 2012, la Corte Constitucional, indicó: “Por consiguiente, fue con la Observación General 14 que se estableció que el derecho a la salud debe ser garantizado por el Estado en el más alto nivel posible que les permita a las personas vivir en condiciones dignas.// En concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional ha identificado diversos escenarios de protección donde el suministro de ciertos medicamentos o procedimientos resultan necesarios para procurar la garantía de la dignidad humana de las personas que atraviesan por especiales condiciones de salud. Verbigratia, sobre las personas que tienen dificultades de locomoción y que por este motivo no pueden realizar sus necesidades fisiológicas en condiciones regulares, este Tribunal indicó: //siendo este aspecto uno de los más íntimos y fundamentales del ser humano, los accionantes tienen derecho a acceder al servicio de salud que disminuya la incomodidad en intranquilidad que les genera su incapacidad física. Si bien los pañales desechables no remedian por completo esta imposibilidad, sí permiten que las personas puedan gozar de unas condiciones dignas de existencia”.

⁴⁰ En igual sentido, ver sentencias T-138/08, T-110/09, T-1227/09.

⁴¹ Sobre el tema se puede consultar las siguientes sentencias: T-1066 de 2006, T-464 de 2006, T-434 de 2006, T-774 de 2005, T-732 de 2005, T-736 de 2004, T-065 de 2004.

9.6. El principio de integralidad en el derecho a la salud

Teniendo en cuenta la importancia para la debida prestación del servicio a la salud, la H. Corte Constitucional ha manifestado la relevancia de que este derecho se preste en atención al principio de Atención Integral, manifestando lo siguiente:

“El ordenamiento jurídico colombiano ha prescrito que el derecho a la salud debe prestarse conforme con el principio de atención integral. En primer lugar, podemos mencionar la sentencia T 760 de 2008 en la que se estableció lo siguiente:

“(…) De acuerdo con el orden constitucional vigente, como se indicó, toda persona tiene derecho a que exista un Sistema que le permita acceder a los servicios de salud que requiera. Esto sin importar si los mismos se encuentran o no en un plan de salud, o de si la entidad responsable tiene o no los mecanismos para prestar ella misma el servicio requerido. Por lo tanto, si una persona requiere un servicio de salud, y el Sistema no cuenta con un medio para lograr dar trámite a esta solicitud, por cualquiera de las razones dichas, la falla en la regulación se constituye en un obstáculo al acceso, y en tal medida, desprotege el derecho a la salud de quien requiere el servicio.

Así, desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios que requiera ‘con necesidad’ (que no puede proveerse por sí mismo). En otras palabras, en un estado social de derecho, se le brinda protección constitucional a una persona cuando su salud se encuentra afectada de forma tal que compromete gravemente sus derechos a la vida, a la dignidad o a la integridad personal, y carece de la capacidad económica para acceder por sí misma al servicio de salud que requiere.

Existe pues, una división entre los servicios de salud que se requieren y estén por fuera del plan de servicios: medicamentos no incluidos, por una parte, y todos los demás, procedimientos, actividades e intervenciones, por otra parte. En el primer caso, existe un procedimiento para acceder al servicio (solicitud del médico tratante al Comité Técnico Científico), en tanto que en el segundo caso no; el único camino hasta antes de la presente sentencia ha sido la acción de tutela.

13-001-33-33-005-2017-00123-01

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 sí 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).”⁴² (Subrayas pertenecientes a la Sala)

Este concepto del principio de atención integral, ha sido tomado por la Corte, en el entendido de que no solo se atiende a lo preceptuado por la norma superior sino que se ha regulado en conjunto con las normas de la seguridad social, tales como el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, la que enuncia el principio en estudio, de la siguiente manera:

“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”.

De igual forma, el literal c del artículo 156 de la misma ley dispone:

“Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud.”.

En igual sentido, desarrolla el principio en estudio, la Ley Estatutaria 1751 de 2015, así:

“Artículo 8°. La integralidad. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la

⁴² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-212 de 2011. M.P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

13-001-33-33-005-2017-00123-01

prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.

En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.”

Es así como para la Corte Constitucional este principio, es de vital importancia a la hora de aplicarlo con relación al derecho a la salud.

En concordancia con todo esto, el máximo intérprete de la constitución aplica de manera explícita y recalca de manera directa la importancia no solo de la cobertura del derecho fundamental a la salud, sino que este se haga efectivo a través del principio de atención integral, como quiera que cuando se ampare por los fallos constitucionales no quede nada al azar, que se convierta en un obstáculo para su materialización⁴³.

No obstante lo anterior, es menester aclarar que el principio de atención integral debe ser aplicado por las EPS por obligación constitucional y legal, pero las órdenes emanadas de los jueces de tutela, deben contar con el correspondiente soporte fáctico de donde se desprenda la certeza de la vulneración o amenaza del derecho fundamental pretendido, y en caso de que carezcan de ello, no puede expedirse una protección concreta de un servicio que es hipotético o eventual.

9.8 Derecho fundamental a la salud y su especial protección tratándose de personas con cáncer.

A este punto, es menester manifestar que tratándose de personas que padecen enfermedades ruinosas o catastróficas como lo es el cáncer, son merecedoras de protección constitucional rigurosa, dado que el estado debe propender por el mejoramiento de la calidad de vida del sujeto diagnosticado con este tipo de patología.

Ante lo anterior, la H. Corte Constitucional hace énfasis en que

⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL.Sentencia T-576 de 2008. “que la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la paciente”.

13-001-33-33-005-2017-00123-01

“las personas que padecen cáncer merecen una protección constitucional reforzada, protección que atiende a su condición de debilidad manifiesta y que exige del Estado y de la sociedad los mejores esfuerzos para mejorar la salud y la calidad de vida del paciente. En virtud de esta especial protección, el principio de solidaridad cobra especial relevancia cuando se trata de la protección y el cuidado de los pacientes de enfermedades catastróficas o ruinosas.

La Constitución establece en su artículo 95 numeral 2, el deber de solidaridad social “según el cual es deber de todas las personas responder con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas, y cuya primera manifestación, sin lugar a dudas, ha de darse entre los miembros de la familia, en caso de necesidad de uno de sus integrantes.”⁴⁴

Por otro lado, las entidades prestadoras del servicio de salud deben garantizar la protección especial que el paciente con cáncer requiere, con el fin de estimular la calidad de vida y no contribuir al desmejoramiento de quien presente esta patología.

Así las cosas, la Corte Constitucional se ha referido a este aspecto aduciendo que

“(…) Por la complejidad y el manejo del cáncer esta Corporación ha reiterado el deber de protección especial que deben tener las entidades prestadoras del servicio de salud, y por lo tanto, ha ordenado que se autoricen todos los medicamentos y procedimientos POS y no POS que se requieran para el tratamiento específico e incluso inaplicar las normas que fundamentan las limitaciones al POS, razón por la cual se le debe otorgar un trato preferente.”⁴⁵

La Ley 1384 de 2010, por la cual se establece acciones para la atención integral del cáncer en Colombia, en su art. 1 dispone frente a la atención integral de los pacientes con cáncer lo siguiente:

“Establecer las acciones para el control integral del cáncer en la población colombiana, de manera que se reduzca la mortalidad y la morbilidad por cáncer adulto, así como mejorar la calidad de vida de los

⁴⁴ Sentencia T- 326 de 2010 M.P Luis Ernesto Vargas Silva

⁴⁵ Sentencia T- 920 de 2013 M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

13-001-33-33-005-2017-00123-01

pacientes oncológicos, a través de la garantía por parte del Estado y de los actores que intervienen en el Sistema General de Seguridad Social en Salud vigente, de la presentación de todos los servicios que se requieran para su prevención, detección temprana, tratamiento integral, rehabilitación y cuidado paliativo.”

En esa misma normatividad, el art. 11 obliga a las entidades promotoras de salud a que haya una rehabilitación integral de los pacientes con cáncer y le impone la obligación en su parágrafo No. 1 de asegurar la atención integral del cáncer en sus diferentes etapas en una forma eficiente y ágil y así como la rehabilitación de las personas con este tipo de enfermedades, normas que son de obligatorio cumplimiento, para una mejor comprensión la Sala se permite transcribir

“Con el fin de precisar responsabilidades previstas en esta ley y asegurar la atención integral del cáncer en sus diferentes etapas, las entidades responsables lo harán en una forma eficiente y ágil sin perjuicio que cuando se trate de servicios fuera de los planes de beneficio hagan los recobros a que haya lugar.”

9.9 CASO CONCRETO

En el presente asunto, la recurrente solicitó el amparo de sus derechos fundamentales de salud, a la vida, dignidad humana, igualdad y seguridad social, por encontrarse presuntamente transgredidos por la NUEVA EPS; así las cosas, advierte la Sala que se encuentran demostrados los siguientes hechos:

Dado el estado de salud de la señora Janeth Barrios Moreno, acudió en el mes de julio de 2016 a cita por consulta particular con el Dr. Juan Carlos Hoyos Valdelamar⁴⁶, quien le diagnosticó cáncer gástrico.

Con posterioridad y por la situación gravosa de su enfermedad, la recurrente fue remitida a la Sociedad de Cancerología de la Costa, donde fue atendida por el Dr. Gabriel Rodríguez, quien emitió orden de servicio de consulta médica especializada de oncología clínica⁴⁷, siendo esta enviada al Dr. Juan Carlos Hoyos Valdelamar, toda vez que, la Nueva EPS no contaba con médico idóneo para la especialidad requerida. Así, el Dr. Hoyos Valdelamar procedió a ordenar GASTRECTOMÍA TOTAL + VACIAMIENTO GANGLIONAR ABDOMINAL +

⁴⁶ Fol. 51 Cdno 1

⁴⁷ Fol. 30 Cdno 1

13-001-33-33-005-2017-00123-01

RECONSTRUCCIÓN POR VÍA LAPAROSCÓPICA⁴⁸, confirmando de este modo el diagnóstico emitido con anterioridad por éste mismo médico, en consulta particular.

Por lo anterior, la demandante le fue autorizado mediante la orden de servicio No. 72352216, de fecha 22 de mayo de 2017, GASTRECTOMÍA TOTAL VÍA LAPAROSCÓPICA, tal y como consta a folio 37 cuaderno N° 1 del expediente bajo estudio, por lo que la autorización se encontraba incompleta respecto a la orden emitida por su médico tratante y remitida a la Organización Clínica General del Norte S.A., en la ciudad de Barranquilla

Ahora bien, ciertamente el paciente cuenta con una orden para la realización del procedimiento de manera incompleta, que debe ser ajustada de conformidad a la prescripción médica emitida, puesto que se encuentra en riesgo la vida e integridad física de la accionante; además, por el grado de afectación de su salud, propia a la patología que padece, no le es posible el traslado a la ciudad de Barranquilla, ciudad a la que fue remitida para la realización del procedimiento requerido, teniendo en cuenta su manifestación de carecer de acompañante alguno, acompañante necesario por el tipo de cirugía a realizarse.

Para la Sala le asiste razón a la Juez de la primera instancia y en los argumentos provistos en la contestación de la demanda no hay alguno que desvirtúe el fallo del 7 de junio del año en curso en lo relacionado con el hecho de que puedan autorizarse en una IPS diferente a la que está en la red de prestadores de la Nueva EPS la cirugía ordenada a la señora Barrios Moreno, no solo porque jurisprudencialmente así lo permite como lo estableció la decisión de primera instancia al citar varias sentencias entre ellas t- 676 de 2011, t- 038 de 2003, t- 499 de 2014 con excepciones y esta es una de ellas, ya que el fallo de la instancia anterior en un buen juicio consideró que el traslado a la ciudad de Barranquilla no era viable debido a que la señora Barrios Moreno solo depende de su hija y esta a su vez tiene un niño menor de edad; tal como está demostrado en el plenario y de conformidad con la Ley citada las Empresas Prestadoras de Salud, como la Nueva EPS tienen el deber de garantizar la prestación del servicio ya que la etapa de detección temprana falló, por lo que debe mejorar la prestación del servicio de la actora en esta etapa sin imponerle una carga adicional a la misma que le impida la rehabilitación de su salud. Se justificaría su traslado a la ciudad de Barranquilla si en la ciudad no hubiese entidades del nivel requerido para la cirugía ordenada por su médico tratante.

⁴⁸ Fol. 34 Cdno 1

De otra parte frente a la impugnación del tratamiento integral, la Sala le recuerda a la impugnante que ello es una obligación de dicha entidad prestadora de salud por mandato de la Ley 1384 de 2010, como lo establece los artículos 1, 4 y 11 entre otros, luego eso no es un capricho ni del paciente – accionante ni del Juez sino una obligación de la Nueva EPS, por ello lo ordenado por la Juez de primera instancia, en cuanto a la atención integral, esta Sala comparte la decisión pronunciada por la *a-quo*, toda vez que la paciente no debe tener de iniciar un nuevo trámite de acción de tutela para garantizar el amparo de sus derechos fundamentales en atención a su patología, en aras de garantizar el tratamiento médico efectivo que el médico tratante de la accionante considere.

De acuerdo con lo anterior, y previo a concluir el asunto, se tiene que las razones en que se basó el juez de primera instancia se encuentran ajustadas a los preceptos constitucionales y legales analizados, con el fin de que la entidad accionada, cumpla con los mandatos normativos atrás expuestos que coinciden con los jurisprudenciales, orden que no está tutelando hechos futuros no acaecidos, sino recordando el principio de atención integral consagrado en la ley 100 y normas posteriores y bajo el entendido que no es aceptable las dilaciones para la expedición de las autorizaciones correspondientes según las condiciones dadas por el médico tratante de la actora, quien conoce las circunstancias bajo las cuales se encuentra la Sra. Janeth del Carmen Barrios Moreno; motivos por los cuales la decisión impugnada se confirmará en su totalidad.

X. CONCLUSIÓN

Colofón de lo expuesto, la respuesta al problema jurídico planteado es positivo, por cuanto la nueva empresa promotora de salud – Nueva EPS, se encuentra vulnerando el derecho fundamental a la salud, vida digna, integridad personal de la señora JANETH DEL CARMEN BARRIOS MORENO, al no prestarle un servicio de salud adecuado y completo, acorde a la patología presentada por la misma y acatando la prescripción hecha por su médico tratante, lo que puede generar un deterioro mayor al estado de salud de la accionante.



13-001-33-33-005-2017-00123-01

XI. DECISIÓN

Atendiendo lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución y la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia proferida el siete (07) de junio de dos mil diecisiete (2017), por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, dentro de la presente acción de tutela.

SEGUNDO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMÍTASE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

TERCERO: NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, y **ENVÍESE** copia de la presente decisión al juzgado de origen.

CUARTO: Por Secretaría del Tribunal, **ENVÍESE** copia de esta providencia al Juzgado de origen del diligenciamiento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 51 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ