



RAMA JUDICIAL
JUZGADO CUARTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA
MÚLTIPLE DE VALLEDUPAR-CESAR
REPÚBLICA DE COLOMBIA
j07cmvpar@cendoj.ramajudicial.gov.co

REF: FALLO ACCIÓN DE TUTELA
Radicado : 20001-4003-007-2022-00400-00
Accionante: ROSA CRISTINA GARIZAO PEREZ
Accionada : SANITAS EPS.

Valledupar, julio siete (7) de dos mil veintidós (2022).

1. ASUNTO A TRATAR

Se decide la acción de tutela presentada por ROSA CRISTINA GARIZAO PEREZ en contra de SANITAS EPS., para la protección de los derechos fundamentales a la vida, igualdad, derecho a la salud y seguridad social.

2. HECHOS

En síntesis, relatan los hechos de esta acción de tutela que, la accionante ROSA CRISTINA GARIZAO PEREZ, que está afiliada a SANITAS EPS., y que cuenta con 68 años de edad.

Que le fue practicada una cirugía de columna, por tal motivo requiere de controles con su médico neurocirujano, quien le realizó dicho procedimiento, quien ya le ha realizado controles y le tiene en tratamiento médico.

Que requiere de ese control médico con mucha urgencia, debido a que dicha cirugía fue un éxito y no debe exponerse a tener contratiempos por cambio de médico.

Que solicitó a la EPS accionada, la autorización de dicha orden y se la negaron, aludiendo que debía ir a otra clínica, la cual no conoce, y con otro médico que no sabe de su caso.

Manifiesta que su médico neurocirujano trabaja en la Clínica General del Norte y en la Clínica la Merced Internacional, se asume, por el conocimiento que se tiene, que es en la ciudad de Barranquilla, Atlántico, las cuales, aduce la accionante, tienen contrato, y están en la red de Sanitas EPS.

3. PRETENSIONES

Con base en los anteriores hechos, solicita el accionante, amparar los derechos fundamentales a la vida, de igualdad, a la salud y seguridad social, invocaos, y por tanto, se ordene a la gerente de SANITAS EPS., o a quien corresponda que en el término de la distancia, le autoricen la cita con su médico neurocirujano tratante, Dr. WILLIAM OMAR CONTRERAS LÓPEZ, quien atiende en la ciudad de Barranquilla, y quien trabaja en las Clínicas General del Norte, y en la Merced Internacional, donde Sanitas tiene contrato.

Que, para evitar presentar Tutela por cada evento, solicita que la atención se le preste en forma INTEGRAL, es decir todo lo que requiera en forma Permanente y Oportuna.

4. TRAMITE SURTIDO POR EL JUZGADO

Por auto de fecha junio 21 de 2022, se admitió la solicitud de tutela y se notificó a la entidad accionada, quien no respondió al requerimiento que le hiciera el juzgado, consecuentemente guardando silencio.

5. CONSIDERACIONES

Problema Jurídico.

El problema jurídico en el presente asunto consiste en dilucidar si la entidad accionada SÁNITAS EPS, le están vulnerando los derechos fundamentales A LA VIDA, A LA IGUALDAD, A LA DIGNIDAD , A LA SALUD Y A LA LIBRE ESCOGENCIA a la accionante ROSA CRISTINA GARIZAO PÉREZ al no autorizar la interconsulta y controles con el especialista en Neurocirugía William Omar Contreras López, quien lo ha venido tratando con posterioridad a la cirugía de columna, pese a que afirma hace parte de la red de prestadores de servicios de la Red de la EPS a la que se encuentra afiliado

Tesis del Despacho:

Estima el despacho que la accionada no ha vulnerado los derechos fundamentales A LA VIDA, A LA IGUALDAD, A LA DIGNIDAD, A LA SALUD Y A LA LIBRE ESCOGENCIA al accionante por cuanto tal derecho no resulta absoluto, ello tiene límite y este lo constituye la red de prestadores de la EPS incidentada, salvo que no se garantice un servicio integral y de buena calidad., circunstancia que no se encuentra acreditado en el plenario.

Tampoco se encuentra acreditado que se hubiere vulnerado el derecho a la salud y a la vida de la accionante.

Disposiciones normativas y jurisprudenciales

Naturaleza de la Acción de Tutela

Sobre la naturaleza de la mencionada acción, se tiene que aquella ostenta un carácter subsidiario, en cuanto no procede cuando el ordenamiento prevé otro mecanismo para la protección del derecho invocado; residual, en la medida en que complementa aquellos medios previstos en el ordenamiento que no son eficaces para la protección de los derechos fundamentales.

fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por las actuaciones u omisiones de las autoridades públicas o de los particulares en los casos específicamente previstos por el legislador.

Igualmente, el Decreto 2591 de 1991, reglamentó la acción de tutela y dispuso de los requisitos necesarios para acudir a dicha vía judicial cuando quiera que por acción u omisión de una entidad pública o privada se pongan en riesgo los derechos que constitucional y jurisprudencialmente se consideren fundamentales.

Derecho a la Salud

En lo que respecta al derecho a la salud, se ha dicho por la Jurisprudencia Constitucional, que es la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y debe restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Definición que responde a la necesidad de garantizar al individuo una vida en condiciones de dignidad, toda vez que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales.

Por otro lado, en sendas jurisprudencias de la corte constitucional se ha hecho un pronunciamiento expreso de quien debe asumir los gastos cuando se trata tratamientos no incluidos en el POS tratándose del régimen de salud del régimen contributivo y claramente ha de terminado en cabeza de que entidad recae la obligación de asumir dichos gastos como lo explicó en la sentencia T 355 de 2012.

Respecto a quien debe cubrir los gastos que se generen NO POS la corte constitucional ha señalado en su sentencia T- 355 del 2012:

“No obstante, cuando la persona que demanda la prestación del servicio, no cuenta con los recursos suficientes para cubrir el costo del mismo, 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.

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 Plan Obligatorio de Salud, esta Corte ha considerado que el reembolso de las sumas causadas en razón a la financiación de los servicios de salud no POS a favor de las EPS, está a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, cuando tales servicios se autorizan dentro del Régimen Contributivo, y a cargo de las Entidades Territoriales (Departamentos,

Municipios y Distritos), en los casos en que los servicios no POS se reconocen dentro del Régimen Subsidiado.

La asignación al FOSYGA de los pagos de servicios no POS en el Régimen Contributivo, se explica en razón a que, de acuerdo con la Ley 100 de 1993 (arts. 202 y sig.), la administración de dicho régimen corresponde a las EPS 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 POS en el Régimen Subsidiado, encuentra un claro fundamento en las Leyes 100 de 1993 (arts. 215 y sig.) y 715 de 2001 (art. 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 asunción de los servicios de salud no cubiertos con los subsidios a la demanda, esto es, de los servicios no incluidos en el POS subsidiado."

La libertad de escogencia como principio rector del sistema general de seguridad social en salud. Sentencia T- 745 de 2013:

El artículo 153 de la Ley 100 de 1993 lo consagra como la facultad de escoger en cualquier momento la Entidad Promotora de Salud (EPS) y las instituciones prestadoras de servicios (IPS) que pertenezcan a la red de las EPS, encargadas de prestar los servicios de salud.

De igual manera, en el artículo 156 de la mencionada ley, se hace referencia a las características básicas del Sistema y el literal g) señala:

"g) Los afiliados al sistema elegirán libremente la Entidad Promotora de Salud, dentro de las condiciones de la presente Ley. Así mismo, escogerán las instituciones prestadoras de servicios y/o los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la Entidad Promotora de Salud, dentro de las opciones por ella ofrecidas."

Finalmente, el artículo 159 que versa sobre las garantías de los afiliados, en el numeral 3 consagra la libertad de escogencia de EPS, como una de éstas, así: *"La libre escogencia y traslado entre Entidades Promotoras de Salud, sea la modalidad de afiliación individual o colectiva, de conformidad con los procedimientos, tiempos, límites y efectos que determine el gobierno nacional dentro de las condiciones previstas en esta Ley."*

A su vez, el Decreto 1485 de 1994, en el artículo 14 numeral 5, consagra:

"La Entidad Promotora de Salud garantizará al afiliado la posibilidad de escoger la prestación de los servicios que integran el Plan Obligatorio de Salud entre un número plural de prestadores. Para este efecto, la entidad deberá tener a disposición de los afiliados el correspondiente listado de prestadores de servicios que en su conjunto sea adecuado a los recursos que se espera utilizar, excepto cuando existan limitaciones en la oferta de servicios debidamente acreditadas ante la Superintendencia Nacional de Salud."

Así, el principio de libertad de escogencia, característica del Sistema de Seguridad Social en Salud, no es solo una garantía para los usuarios, sino que es un derecho que debe ser garantizado por el Estado y todos los integrantes del sistema. De tal modo que la libertad de escogencia es un derecho de doble vía, pues, en primer lugar, es una facultad de los usuarios para escoger tanto las EPS a las que se afiliarán para la prestación del servicio de salud, como las IPS en las que se suministrará la atención en salud y en segundo lugar, es una potestad de las EPS de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y el tipo de servicios que serán objeto de cada uno.

Libertad de elección del paciente.

Aunque la libertad de escogencia tiene un origen legal, la Corte Constitucional ha amparado el derecho de los usuarios a la libre escogencia de EPS o IPS, como una manifestación de varios derechos fundamentales, tales como la dignidad humana, en ejercicio de su autonomía de tomar las decisiones determinantes para su vida, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud y la seguridad social.

Sin embargo, también ha reconocido que la libertad de escogencia no es un derecho fundamental absoluto, en la medida en que está circunscrito a la existencia de contrato o convenio vigente entre la EPS accionada y la IPS requerida.

Ahora bien, esa misma Corporación ha dicho que además de la limitación respecto a la oferta de servicios: “(...) la ley también ha dispuesto razonablemente que la libertad que tienen los usuarios de escoger la entidad también está limitada por cuatro condiciones: i) que exista un convenio entre la E.P.S. del afiliado y la I.P.S. seleccionada (artículo 14, numeral 5º, del Decreto 1485 de 1994); ii) que los cambios de instituciones prestadoras sean solicitados dentro de las I.P.S. que tengan contrato con la E.P.S. (artículo 179 de la Ley 100 de 1993); iii) que la I.P.S. respectiva preste un buen servicio de salud y garantice la prestación integral del mismo (parágrafo 1º del artículo 25 de la Ley 1122 de 2007 y, iv) que el traslado voluntario de EPS se haga a partir de un (1) año de estar afiliado a esa EPS (artículo 14, numeral 4º, del Decreto 1485 de 1994).”

En ese sentido, la libertad que tienen los usuarios de escoger IPS va ligada a dos circunstancias: i) que exista un convenio entre la EPS del afiliado y la IPS seleccionada; y ii) que la IPS respectiva preste un servicio de salud que garantice la prestación integral y de calidad.

Libertad de elección de las EPS.

Las empresas promotoras de salud (EPS) son las entidades responsables de la prestación de los servicios incluidos en el POS. Para ello tienen la libertad de elegir las instituciones prestadoras de servicios médicos (IPS) por intermedio de las cuales van a suministrar los servicios a sus afiliados, y la obligación de suscribir convenios con ellas, para garantizar que la prestación de los servicios sea integral y de calidad.

La libertad que tienen las EPS de suscribir convenios con cualquier IPS, está consagrada en la Ley 100 de 1993, en el artículo 178, que indica como una de sus funciones, la obligación de prestar el servicio de salud en aquellas instituciones prestadoras de salud con que se haya suscrito un convenio.

Por lo tanto, la Corte ha manifestado que las EPS tienen plena libertad de conformar su red de servicios, para lo cual cuentan con la facultad de contratar o de celebrar convenios con las IPS que lo consideren pertinente, con la obligación de brindarle un servicio integral y de calidad de salud a los afiliados y de que estos puedan elegir entre las posibilidades ofrecidas por las empresas prestadoras de salud la IPS donde desean ser atendidos.

De esta forma, en aras de garantizar un margen de autonomía a los usuarios y avalar el derecho de las EPS a escoger las IPS con las cuales suscribirá contratos o convenios, ésta tiene la obligación de:

- a) Celebrar convenios con varias IPS para que de esta manera el usuario pueda elegir.
- b) Garantizar la prestación integral y de buena calidad del servicio.
- c) Tener, al acceso del usuario, el listado de las IPS.
- d) Estar acreditada la idoneidad y la calidad de la IPS receptora.

Derechos a la seguridad social, la salud y la vida en condiciones dignas. Reiteración de jurisprudencia.

“En múltiples pronunciamientos la Corte Constitucional ha analizado la seguridad social y la salud, particularmente a partir de lo estatuido en los artículos 48 y 49 superiores, catalogados en el acápite de los derechos sociales, económicos y culturales; no obstante ello, se les ha reconocido expresamente carácter de derechos fundamentales per se, ubicados como un mandato propio del Estado social de derecho, hacia el ensamblaje de un sistema conformado por entidades y procedimientos tendientes a procurar una cobertura general, ante las contingencias que puedan afectar el bienestar social, orgánico y psíquico de los seres humanos. Están erigidos y garantizados con sujeción a los principios de eficiencia, continuidad, universalidad, buena fe y solidaridad, para la prevención, promoción y protección de la salud y el mejoramiento y apuntalamiento de la calidad de vida de los asociados...”

Ámbito normativo local

La Constitución Política de 1991 ubica el derecho a la salud en un lugar de importancia. Así, el artículo 44 lo cataloga como un derecho fundamental de los niños; el artículo 48 alude a este dentro de la seguridad social, como un servicio público obligatorio e irrenunciable a cargo del Estado; también el artículo 49, cuando indica que la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios que el Estado debe garantizar a todas las personas, a través del acceso a los servicios de promoción, prevención y recuperación de la salud; y el artículo 50 obliga a todas las instituciones de salud que reciben recursos del Estado a brindar atención gratuita a menores de un año sin afiliación a la seguridad social[40].

El derecho a la salud, visto como servicio público a cargo del Estado, se encuentra regulado principalmente por (i) la Ley 100 de 1993, que creó el Sistema General de Seguridad Social en Salud

(SGSSS), estableciendo un acceso igualitario a toda la población con la implementación de dos regímenes: contributivo y subsidiado; (ii) la Ley 1122 de 2007, que hizo algunas modificaciones en el SGSSS con el fin de mejorar la prestación de los servicios a los usuarios; (iii) la Ley 1438 de 2011, que se dirigió a fortalecer el Sistema de Salud a través de un modelo de atención primaria en salud; y, (iv) la Ley 1751 de 2015, Estatutaria en Salud, que entre sus mayores logros tuvo el de elevar a rango fundamental el derecho a salud, asunto que por vía jurisprudencial esta Corte ya había resaltado al proferir la sentencia hito T-760 de 2008.

Respecto de la protección del derecho fundamental a la salud de los menores de edad, el artículo 44 superior también se refiere a la integridad física y la seguridad social, entre otros, como derechos fundamentales de los niños. Así, es deber del Estado, de la sociedad y de la familia, esforzarse por el pleno cumplimiento de las prerrogativas constitucionales de los niños, niñas y adolescentes, en aras de garantizarles sus máximos niveles de desarrollo integral y armónico, puntualizando que “los derechos de los niños prevalecen sobre los demás”[41].

Acorde con lo expuesto, la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia) definió el principio de primacía del interés superior de los niños, niñas y adolescentes como “(...) un imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes” [42]. Específicamente, en varios escenarios, incluidos el de la salud, la Corte ha indicado que dicho principio supone aplicar la medida más beneficiosa para salvaguardar al menor de edad que ve comprometida la garantía de sus derechos fundamentales [43].

Ahora, en relación con lo regulado en los artículos 48 y 49 de nuestra Constitución, recordando que la Seguridad Social en Salud es un servicio público obligatorio a cargo del Estado y que la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios que el Estado debe garantizar a todas las personas, sin excepción alguna, a través del acceso a los servicios de promoción, prevención y recuperación de la salud, bajo los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad, la sentencia T-565 de 2019 sostuvo: “que (de) la lectura sistemática de esas disposiciones con lo establecido en el artículo 13 Superior, se ha precisado que (i) la garantía de los derechos fundamentales no pende de la condición de ciudadano, sino de la condición de ser humano; de ser persona que habita el territorio nacional; y (ii) que se debe velar por garantizar el derecho a la salud de aquellas personas que, por sus condiciones económicas, físicas o mentales, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta”[44].

Instrumentos en el ámbito internacional

La protección del derecho a la salud de los menores de edad, tal como quedó plasmado, tiene su asidero en la Constitución Política, en las normas mencionadas y en la jurisprudencia relacionada, pero sin limitarse a esta. Sin embargo, su sustento no deviene exclusivamente de nuestra carta magna, pues en el contexto internacional, existen diferentes instrumentos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2, 25)[45], la Declaración Universal de los Derechos del Niño (principio 2)[46], el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1)[47] y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 2.2 y artículo 12)[48], que le dan una connotación más amplia[49].

Es necesario hacer mención de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño[50], donde expresamente se reitera el derecho de los menores de edad al disfrute del más alto nivel posible de salud y servicios para el tratamiento de las enfermedades que padezcan, así como la rehabilitación de su estado físico. De esta manera, prevé que “Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho, y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud”[51].

En ese orden de ideas, uno de los principios decantados es el de ‘no discriminación’, desarrollado por el párrafo 34 de la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual sostiene que es deber de los Estados garantizar, en condiciones de igualdad, el derecho a la salud de todas las personas, “incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales”; por tanto, podría entenderse que los niños, niñas y adolescentes, migrantes en situación irregular tienen derecho a la salud, al igual que los menores connacionales[52].

En tal sentido, la Sentencia T-565 de 2019 recordó que el mencionado instrumento impuso al Estado el cumplimiento inmediato de algunos deberes derivados del derecho a la salud: “como (i) garantizar su ejercicio sin discriminación alguna (artículo 2.2) y (ii) la obligación de adoptar medidas (artículo 2.1) en

aras de la plena realización del artículo 12, indicando que las medidas deben ser deliberadas y concretas, y su finalidad debe ser la plena realización del derecho a la salud. Reitera también que, de acuerdo a la Observación General N° 12, la realización progresiva del derecho a la salud a lo largo de un determinado período implica la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia el objetivo de la plena realización del derecho a la salud”.

De igual manera, al ser los niños, niñas y adolescentes sujetos de especial protección constitucional, la primacía del interés superior del menor está presente en el artículo 3.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, al exigir que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”[53].

Componentes de Universalidad y Solidaridad

A partir del principio de igualdad del artículo 13 superior[54], las personas con alguna condición de discapacidad o de enfermedad deben ser protegidas por el Estado, máxime si por las condiciones físicas o mentales se hallan en situación de debilidad manifiesta; en complemento, el artículo 47 constitucional establece que el Estado debe adelantar “una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”[55].

En una labor hermenéutica, la lectura conjunta de los artículos 13 y 47 del texto constitucional indican que la finalidad es la de implementar y fortalecer la recuperación y protección de quienes padecen cualquier enfermedad que implique una disminución física, sensorial o psíquica, logrando un cumplimiento real y efectivo de la igualdad[56]; y cuando hay menores de por medio con un estado de bienestar alterado, la Corte los presume como sujetos de especial protección constitucional y reflejo, de su propia jurisprudencia, ha manifestado que la protección a los derechos de aquellos debe tener un carácter prioritario[57].

Así, la sentencia C-313 de 2014[58], que hizo el estudio previo de constitucionalidad de la Ley 1751 de 2015, Estatutaria en Salud, afirmó:

“El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”.

El anterior párrafo condensa en gran parte lo anotado hasta el momento; por ejemplo, que el derecho fundamental a la salud es de carácter autónomo, que los servicios sanitarios deben brindarse con calidad en todo momento, incluso antes del abordaje de la enfermedad en las fases de promoción y prevención. Y por supuesto, el papel preponderante que juega el Estado.

Por tal razón, el artículo 5° de la Ley 1751 de 2015 trae una serie de obligaciones a cargo del Estado, sin distinción entre personas nacionales o extranjeras, como: (i) formular y adoptar políticas de salud dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho en igualdad de trato y oportunidades para toda la población. Y (ii), velar por el cumplimiento de los principios del derecho fundamental a la salud en todo el territorio nacional. Así mismo, el artículo 6° ejusdem, enumera una serie de elementos y principios propios del derecho fundamental a la salud, entre los que se puede citar el de universalidad [59] y solidaridad [60]; la disposición en comento insiste en la necesidad de prever un enfoque diferencial y una atención prioritaria para los niños, niñas y adolescentes, haciendo una distinción por edades: prenatal, hasta los 6 años, de 7 a 14 años y de 15 a 18 años[61].

Pese a que existe una definición legal del principio de universalidad y de solidaridad, cuando se hace referencia al derecho a la salud, tal como se indicó en el numeral anterior, no se debe olvidar que la propia Corte Constitucional ha acuñado sus propios conceptos, con base en la interpretación de nuestra carta política. Así, la sentencia C-134 de 1993[62] señaló “La universalidad es el principio relacionado con la cobertura de la Seguridad Social: comprende a todas las personas. Ello es natural porque si, como se estableció, la dignidad es un atributo de la persona, no es entonces concebible que unas personas gocen de vida digna y otras no. En cuanto a la solidaridad, es un principio que aspira al valor justicia y que bebe en las fuentes de la dignidad humana”[63].

El artículo 32 de la Ley 1438 de 2011 establece el principio de universalización del aseguramiento, según el cual, “todos los residentes en el país deberán ser afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud”. La citada regla contempla que si una persona requiere atención en salud y no está afiliado, debe procederse según su capacidad de pago[64] y si cuenta o no con documento de identificación.

Otro de los principios y no menos importante es el de integralidad, que consiste en el deber del Estado de “prestar los servicios de salud, libre de discriminación y de obstáculos de cualquier índole, [...] garantizando un tratamiento integral, adecuado y especializado conforme a la enfermedad padecida”. Además “implica que el servicio suministrado integre todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias que el médico tratante prescriba como necesarios para efectos de restablecer la salud o mitigar las dolencias que le impiden al paciente mejorar sus condiciones de vida”[65].

A modo de síntesis, se debe indicar que la Constitución Política de 1991 pone en un lugar de importancia el derecho a la salud, que es visto como servicio público a cargo del Estado, con una robusta regulación normativa; y tratándose de la salud de los menores de edad, el artículo 44 superior lo ubica al nivel de derecho fundamental, siendo deber del Estado, la sociedad y la familia lograr el cumplimiento de las prerrogativas constitucionales de los niños, niñas y adolescentes, en aras de garantizar sus máximos niveles de desarrollo, aspecto denominado como el principio de primacía del interés superior del menor. Lo anterior tiene una especial relevancia en el ámbito internacional, pues diferentes instrumentos otorgan al derecho a la salud una mayor protección por dos razones: (i) la premisa del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y servicios para el tratamiento de las enfermedades que padezcan, así como la rehabilitación de su estado físico; y, (ii) el principio de no discriminación que consiste en dar, en condiciones de igualdad.

6. CASO CONCRETO

En el presente asunto la señora ROSA CRISTINA GARIZAO PÉREZ , promueve acción constitucional para que se amparen sus derechos fundamentales A LA VIDA, A LA IGUALDAD, A LA DIGNIDAD , A LA SALUD Y A LA LIBRE ESCOGENCIA, que considera vulnerados por la EPS accionada en razón a que no se le autoriza la interconsulta por Neurocirugía con el médico especialista William Omar Contreras López, quien lo ha venido tratando con posterioridad a la cirugía de columna, pese a que afirma hace parte de la red de prestadores de servicios de la Red de la EPS a la que se encuentra afiliado

Condiciones de Procedibilidad de Acción de Tutela.

Legitimación por Activa

El artículo 86 superior señala que cualquier individuo tiene la facultad de interponer la tutela, para la protección de sus derechos fundamentales cuando resulten lesionados o amenazados por la acción o la omisión de autoridades públicas o de particulares; a su vez, esta acción puede ejercerse por sí mismo o a través de un tercero, quien debe actuar en nombre de este. Así lo reitera el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, que señala que el mecanismo de amparo puede ser formulado en todo momento y lugar, incluso en causa ajena, en el caso de que el titular de los derechos no se encuentre en condiciones de acudir por sí mismo a la defensa de sus propios intereses

En el presente asunto se encuentra acreditado este requisito por cuanto conforme la Tarjeta de Identidad, aportada da cuenta que la Acción de tutela se interpone en calidad de madre de su menor hijo, por lo que se encuentra legitimada por activa.

Legitimación por Pasiva

En el presente asunto se encuentra satisfecho este requisito por cuanto se encuentra demostrado conforme las historias clínicas aportadas que el menor se encuentra afiliado a la EPS accionada quien sería el sujeto llamado a responder por la posible amenaza o vulneración del derecho fundamental alegado, al ser la entidad que interviene dentro del proceso de atención en salud, desde el aseguramiento y la prestación del servicio.

Inmediatez

Se encuentra satisfecho este requisito por cuanto conforme las historias clínicas aportadas datan de noviembre de 2021, de manera que entre la fecha de estas que contienen la orden de la práctica del

procedimiento quirúrgico inicialmente pretendido y la interposición de la acción de tutela ha transcurrido u plazo razonable.

Subsidiariedad

El inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política, el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional, enseñan que la acción de tutela procede en tres eventos: "(i) cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o ii) cuando existiendo un medio de defensa judicial ordinario, este resulta no ser idóneo para la protección de los derechos fundamentales del accionante o iii) cuando, a pesar de que existe otro mecanismo judicial de defensa, la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable"[33].

La subsidiariedad en materia de salud obliga a referirnos a la Ley 1122 de 2007, que en su artículo 41[34] confirió nuevas competencias (facultades jurisdiccionales y de conciliación) a la Superintendencia Nacional de Salud, como órgano de inspección, vigilancia y control, que fueron complementadas con la ley 1437 de 2011 y a su vez modificadas por la reciente Ley 1949 de 2019. En ese sentido, algunas salas de revisión de la Corte Constitucional consideraron que tal mecanismo podría fungir como el medio idóneo para lograr la protección de los derechos alegados por el interesado en un proceso de tutela, hasta la sentencia SU-508 de 2020[35], que zanjó la discusión al interior de la Corte, pues antes, no existía un consenso absoluto sobre si el procedimiento creado por el Legislador era el medio judicial idóneo y eficaz para estos casos, dadas las debilidades y falencias detectadas, principalmente, por la Sala de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008 en audiencia pública del 6 de diciembre de 2018 en la que se citó al Superintendente Nacional de Salud del momento.

En la sentencia en cita se indicó: "Las situaciones normativas y la estructural le permitieron a la Corte Constitucional concluir que la Superintendencia de Salud tiene una capacidad limitada respecto a sus competencias jurisdiccionales. Por ello, mientras persistan las dificultades para el ejercicio de dichas facultades, el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud no se entenderá como un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de los derechos fundamentales de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, en consecuencia, la acción de tutela será el medio adecuado para garantizar dichos derechos"

En este orden siendo el resorte de la acción de tutela promovida por la señora ROSA MARIA GARIZAO PEREZ de 68 años de edad que en razón de cirugía de columna a la que fue sometida ha venido siendo tratada por n médico neurocirujano WILLIAM OMAR CONTRERAS LOPEZ adscrito a la clínica General del Norte y Clínica La Merced de Barranquilla , que afirma está en la red de SANITAS , SIENDO NEGADA LA AUTORIZACION que reclama la protección tutelar precisamente para obtener el amparo del derecho a la salud y seguridad social se estima que la acción de tutela resulta el medio procedente.

Agotado el estudio de las condiciones de procedibilidad de la acción de tutela, procede el despacho a estudiar de fondo el asunto.

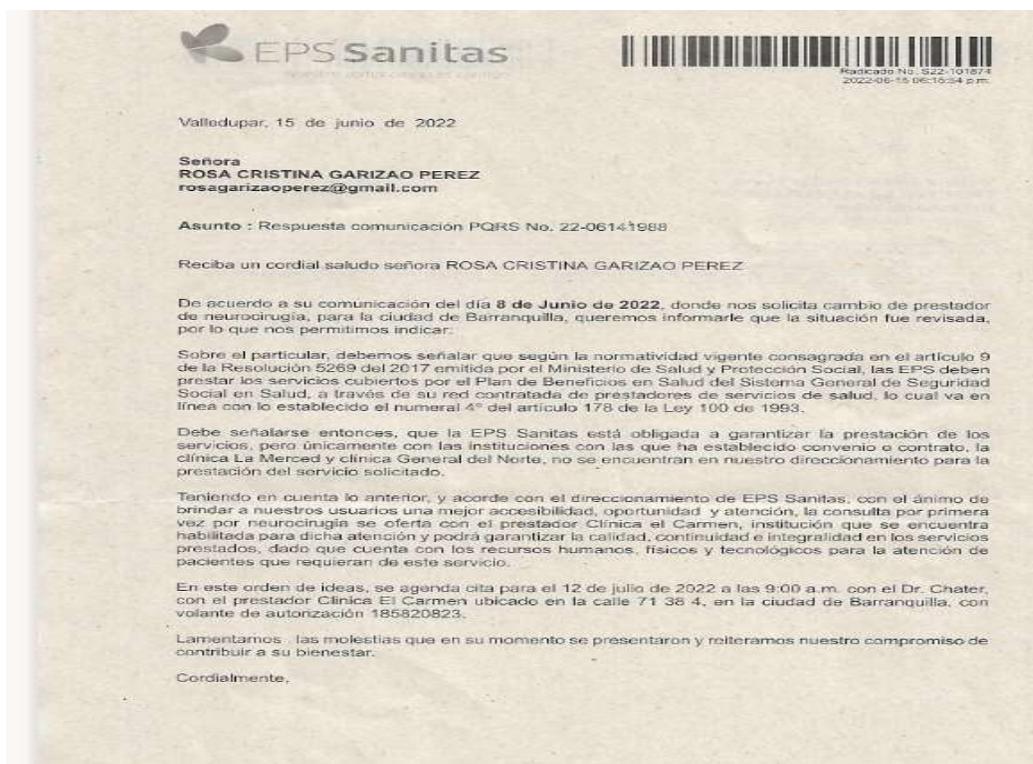
Es de precisar que conforme al material probatorio adosado se encuentra acreditado que la actora fue valorada en fecha 24 de enero de 2022 , en la CLINICA MERCED BARRANQUILLA SAS , y el motivo de la consulta es POS OPERATORIO DE DISECTOMIA Y REPLAZO DISCAL C-5, C-6, C-7 VIA ANTERIOR Y se establece como PLAN CITA EN 6 MESES POR NEUROCIRUGÍA .

CLINICA LA MERCED BARRANQUILLA S.A.S.		Rta/DsFm	
800694898 - 1		Pag: 1 de 1	
		Fecha: 24/01/22	
		Categoría: 15	
		49730652	
HISTORIA CLÍNICA No. CC 49730652 - ROSA CRISTINA GARIZAO PEREZ			
Empresa:	SANITAS EVENTO CONSULTA EXTERNA CONTRIBUTIVO	Afiliado:	COTIZANTE NIVEL 1
Fecha Nacimiento:	02/09/1954	Edad actual:	67 AÑOS
Teléfono:	3172851010	Sexo:	Femenino
Barrio:	VALLEDUPAR	Grupo Sanguíneo:	NA
Municipio:	VALLEDUPAR	Dirección:	NA
Estado:	Ninguna de las anteriores	Departamento:	CESAR
Nivel Educativo:	BACHILLERATO BASICO	Ocupación:	Estudiante
Discapacidad:	Ninguna	Grupo Etnico:	OTROS
		Atención Especial:	OTROS
		Grupo Poblacional:	NO DEFINIDO
SEDE DE ATENCIÓN:	001 CLINICA LA MERCED	Edad:	67 AÑOS
FOLIO	50	FECHA	24/01/2022 09:10:43
MOTIVO DE CONSULTA		TIPO DE ATENCIÓN	AMBULATORIO
POP DISECTOMIA Y REEMPLAZO DISCAL C5-C6, C6-C7 VIA ANTERIOR			
ENFERMEDAD ACTUAL			
REFRÈS ESTAS ASINTOMÁTICA			
OCASIONAL DOLOR PERO LEVE			
INGRESA POR SUS PROPIOS MEDIOS			
MARCHA INDEPENDIENTE-FUERZA CONSERVADA.			
POP EXITOSO			
PLAN			
CITA EN 6 MESES POR NEUROCIRUGIA			
DIAGNÓSTICO	M542 CERVICALGIA	Fecha de Orden:	24/01/2022 Ordenada
INTERCONSULTAS			
INTERCONSULTA POR NEUROCIRUGIA		Fecha de Orden:	24/01/2022 Ordenada
OBSERVACIONES			
CITA EN 6 MESES			
RESULTADOS:			
INTERCONSULTA POR ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGIA		Fecha de Orden:	24/01/2022 Ordenada
OBSERVACIONES			
CONTROL			
RESULTADOS:			
WILLIAM OMAR CONTRERAS LOPEZ			
Reg: 94703			
NEUROCIRUGIA			

oportunidad la accionante no logró demostrar y por lo contrario la EPS en su respuesta que la misma actora aporta indico que dentro de su red prestadores de servicio la CLINICA LA MERCED ni la CLÍNICA GENERAL DEL NORTE , actualmente no tiene contrato con ellos-, y otro de carácter médico-científico que permita inferir al juez constitucional que dicho traslado es ordenado o avalado por el médico tratante en razón a las condiciones de salud del paciente.

Dada las anteriores circunstancias, este despacho infiere que la EPS SANITAS, no ha vulnerado los derechos fundamentales dela accionante , toda vez que ha ordenado el servicio médico necesitado, y que muy a pesar de que la paciente dirija su preferencia a un médico en particular, debe también asegurarse de que dicho medico tenga contratado el servicio requerido por el usuario con la IPS a la cual pretende se le dirija el servicio, pues el derecho de libre escogencia del paciente no es absoluto y entre los requisitos es que exista relación contractual directa entre la EPS y los servicios de la IPS.

Por lo antes mencionado no se dan los requisitos necesarios para considerar que, actualmente haya vulneración específicamente con el derecho a la libre escojencia de la parte accionante, por cuanto actualmente se está garantizado el tratamiento en la IPS CLÍNICA EL CARMEN donde se informa a la actora se le asignó cita para el 12 de julio de 2022 con el DR CHATER.



En torno al derecho a la salud y a la Vida, no se acredita vulneración alguna puesto que ante la solicitud elevada por la actora ante la EPS, la actora acompaña respuesta en la cual se le pone de presente que ante la solicitud efectuada el 8 de junio de 2022 se le asignó cita para el 12 de julio y si se revisa la historia clínica que data de enero de 2022 el control es para 6 meses esto es para junio, de modo que no se evidencia que exista negación al servicio de salud por la EPS accionada.

Por lo anterior el despacho no accederá a tutelar los derechos solicitados por la accionante A LA VIDA, A LA IGUALDAD, A LA DIGNIDAD, A LA SALUD Y A LA LIBRE ESCOGENCIA toda vez que no se encuentra acreditada su vulneración.

Ahora bien atendiendo que se indica por la EPS SANITAS que se asignó cita pero no obra la autorización, se ordenará que en el término de cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación del presente proveído proceda si no lo hubiere hecho a expedir la autorización correspondiente a la actora a efectos de que sea valorada en interconsulta por el especialista en Neurocirugía ya fuere por el Dr. Chater u otro especialista que haga parte de la red de prestadores de servicios de la EPS a la cual se encuentre afiliada la accionante.

En lo que respecta a la atención integral, cuya ordenación solicita también la tutelante, se hace necesario traer a colación lo dispuesto por nuestra honorable Corte Constitucional en sentencia T- 056 de 2015, donde señaló lo siguiente:

“El principio de integralidad en salud se concreta en que el paciente reciba todos los servicios médicos (POS y no POS) que requiere para atender su enfermedad, de manera oportuna, eficiente y de alta calidad. Ello por cuanto el contenido del derecho a la salud no está limitado o restringido a las prestaciones incluidas en los planes obligatorios”

*Como lo señaló la Corte en sentencia T-760 de 2008 **“este principio hace referencia al cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones. Dentro de éste concepto, en su faceta mitigadora de la salud, se incluye el suministro de insumos y servicios que permiten disminuir los efectos negativos de la enfermedad y el estado de postración de determinados pacientes.***

En éste último sentido, cabe agregar que la atención en salud no se limita a aquellas prestaciones que tienen por objetivo superar la patología o el mejoramiento de las condiciones de salud, por cuanto en los casos en que resulte imposible su restablecimiento o mejoría, la intervención del sistema de salud se impone para garantizar el nivel de vida más óptimo al paciente, a través de todos aquellos elementos que se encuentren disponibles, por cuanto las patologías insuperables, catastróficas, degenerativas o crónicas exponen a las personas a afrontar situaciones que atentan contra su dignidad humana, llegan a imposibilitarles para desempeñar alguna actividad económicamente productiva que sea fuente de ingresos para adquirir los implementos, elementos y servicios adicionales al tratamiento médico con fines paliativos y que permitan una calidad de vida digna.

*En tales eventos la atención integral comprende el suministro de todos los implementos, accesorios, servicios e insumos que requiera el paciente para afrontar la enfermedad sin menoscabar su dignidad, cuando por falta de recursos económicos no pueda asumir su costo. **En este sentido la jurisprudencia ha reiterado que se debe prestar un servicio que permita la existencia de la persona enferma en unas condiciones dignas de vida.”***

(...)

*Desde otra perspectiva, el principio de integralidad en la salud implica prestaciones en las distintas fases: i) preventiva, para evitar la producción de la enfermedad interviniendo las causas de ella; ii) curativa que requiere suministrar las atenciones necesarias para que el paciente logre la cura de la patología que padece; y iii) mitigadora que se dirige a paliar las dolencias físicas o psicológicas que ocurren por los efectos negativos de la enfermedad, en tanto además de auxilios fisiológicos debe procurarse las condiciones de bienestar en ámbitos emocionales y psicológicos” **(negrita fuera de texto)***

Atendiendo los anteriores presupuestos tenemos que se encuentra demostrado dentro del plenario que la actora fue operada de la columna vertebral

De igual manera se encuentra acreditado que se trata de un sujeto de especial protección constitucional dado que es una persona mayor de 65 años de edad, al contar actualmente con 68 años de edad.

Sin embargo no se encuentra acreditado el actuar negligente de la accionada, puesto que como se anotó líneas arriba ordenada la interconsulta, como se desprende de lo informado por la EPS al solicitarse el cambio de prestador por la accionante se le indicó que se asignó cita para el 12 de julio de 2022, esto es dentro del término para su valoración que en enero fue ordenado en 6 meses. por lo que no se accederá a conceder tal atención,

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE:

PRIMERO. - No tutelar los derechos solicitados por la accionante A LA VIDA, A LA IGUALDAD, A LA DIGNIDAD, A LA SALUD Y A LA LIBRE ESCOGENCIA, al no encontrar actualmente vulneración alguna de los derechos a la LIBRE ESCOGENCIA por la señora ROSA CRISTINA GARIZAO PÉREZ , contra SÁNITAS EPS, conforme a las consideraciones de este proveído.

SEGUNDO. - En aras de garantizar la prestación del derecho a la salud, SE ORDENARÁ a la EPS SANITAS a través de su Representante legal si aún no lo hubiere hecho que proceda en el término máximo de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente proveído a autorizar la interconsulta por NEUROCIRUGÍA, ordenada por el especialista William Omar Contreras López, a fin de que la señora ROSA CRISTINA GARIZAO PÉREZ sea valorada por un especialista que haga parte de su red de prestadores de servicios .

TERCERO. – No CONCEDER la atención integral solicitada por la parte accionante por la razón expuesta en la parte motiva del presente proveído.

CUARTO: Comuníquese la presente decisión a las partes por el medio más expedito y eficaz en la forma prevista por el artículo 30 del decreto 2591 de 1.991. La secretaría proceda de conformidad.

QUINTO. - En caso de no ser impugnada la presente decisión, envíese el expediente a la CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LILIANA PATRICIA DIAZ MADERA
Juez