

República de Colombia
Rama Judicial



Distrito Judicial Administrativo de Sucre
Juzgado Sexto Administrativo Oral de Sincelejo

Sincelejo, veintiuno (21) de agosto de dos mil trece (2013)

Referencia: Acción de Tutela
Radicado No.: 700013333006-2013-00199-00
Demandante: Aníbal José Bitar Osorio
Demandado: Nueva E.P.S. S.A.

Tema: Derecho a la salud. Vulneración del derecho fundamental a la salud cuando la prestación del servicio se interrumpe. Interrupción de la prestación de servicios de salud por falta de contrato con la IPS a la que está vinculado el médico tratante, que por disposición de la EPS valoró al paciente y le ordenó exámenes para formular tratamiento a enfermedad renal crónica que padece y cálculos renales. Carga de la prueba de la no afectación del derecho fundamental a la salud por cambio de la IPS le correspondía a la entidad demandada, dado las circunstancias del caso concreto.

1. ANTECEDENTES.

1. 1. La demanda (fls. 1-11).

1.1.1. Partes.

Accionante. Aníbal José Bitar Osorio, quien se identifica con la C.C. No. 14.265.306 expedida en Armero – Guayabal (Tolima) (fl. 11).

Accionada. Nueva E.P.S. S.A., quien actuó mediante apoderado judicial (fls. 87-89).

1.1.2. Hechos.

El accionante se encuentra afiliado a la Nueva E.P.S. en calidad de beneficiario, desde que esta entidad asumió a los afiliados y beneficiarios del ISS.

Desde hace 4 años es tratado de insuficiencia renal crónica por médicos adscritos a la red de servicios de la Nueva E.P.S.

El 8 de abril de 2011 el doctor Guillermo García Tuñón, especialista en urología le ordenó la realización del tratamiento: instalación de catéteres uraterales doble J número 2 calibre 6FR, longitud adulto medio.

Ante dos intentos fallidos para la realización del tratamiento ordenado – inexistencia de insumos necesarios en la ciudad y enfermedad del médico que iba a realizar el procedimiento-, el 17 de agosto de 2011 la Nueva E.P.S. lo remite a la IPS Clínica General del Norte S.A. de la Ciudad de Barranquilla, para que se le practicara el mismo.

El 16 de septiembre de 2011, en la IPS Clínica General del Norte S.A., lo atendió el doctor Jaime Pérez Fuente, quien se negó a realizarle el tratamiento ordenado, puesto que según su juicio no fue prescrito bajo los estudios y exámenes de rigor; por lo que le indicó que si quería su ayuda debía someterse a una nueva evaluación, de modo que le ordenó un UROTAC.

El 17 de noviembre de 2011 el doctor Jaime Pérez Fuente al analizar el resultado del UROTAC, le diagnosticó cálculo en el riñón y ordenó que la práctica de LITOTRIZIA EXTRACORPÓREA POR ONDAS DE CHOQUE 1ª SESIÓN, previa valoración pre-anestésica.

Después de obtener el demandante a su favor un fallo de tutela que lo exoneró del copago para que se le practicara ese procedimiento, la Nueva E.P.S. expidió las órdenes para la realización del procedimiento en la IPS LITOTRIZIA S.A. ubicado en Cartagena.

En la IPS LITROTICIA S.A. lo atendió el doctor Pedro Vélez de Pombo, quien no pudo leer el UROTAC de modo que le ordenó nuevamente el examen y cita de control para el 29 de octubre de 2012.

Al demandante le practicaron dos sesiones de litotricia extracorpórea por ondas de choque¹.

La Nueva E.P.S. expidió la orden del examen UROTAC para realizarse en la IPS Clínica de las Peñitas Ltda., pero dicho examen no se pudo realizar por cuanto los equipos no estaban en funcionamiento, por lo que se le expidió nueva orden para el examen para la IPS Clínica San Juan de Dios de la ciudad de Cartagena. Por falta de recursos no se pudo realizar el examen oportunamente.

Debido a la imposibilidad de asistir por falta de recursos a la cita de control en la IPS LITOTRICIA S.A programada para el 29 de octubre de 2012 con el resultado del UROTAC, la canceló. Sin embargo, presentó acción de tutela, la cual fue fallada por el Juzgado 7º Administrativo Oral de Sincelejo, que le ordenó a la Nueva EPS que asumiera los gastos de transporte, alojamiento y alimentación para la realización del examen en la Clínica San Juan de Dios.

Confirmado el fallo acudió a la Nueva EPS para reclamar la autorización del examen, y comentó que hizo unas llamadas a los teléfonos de la IPS Clínica San Juan de Dios, pero no fueron atendidas, por lo que no había confirmado la cita; le manifestaron que lo ayudarían y que sería informado el día que debía acercarse para reclamar la autorización y la fecha en que se le programó el examen.

El 12 de diciembre de 2012 recibió llamada de la Nueva EPS de Barranquilla, donde se le informó que se acercara a las instalaciones a reclamar las órdenes pero que estas se expidieron para Barranquilla y no para Cartagena. Al reclamar las órdenes le manifestaron que los gastos de

¹ Esto lo afirmó en el folio 7, hecho vigésimo segundo.

transportes debía asumirlos, dado que la orden de tutela estaba dirigida para que la EPS asumiera esos gastos sólo para la ciudad de Cartagena. Por lo anterior, el demandante presentó incidente de desacato.

En compañía de un hermano viajó a la ciudad de Barranquilla donde se practicó el examen en LA IPS CEDIUL IMÁGENES DIAGNÓSTICOS CONFIABLES.

Se acercó a la Nueva EPS para que le expidieran la orden de la cita de control en la IPS Litotricia S.A. de Cartagena, con el fin de llevar los resultados a su médico tratante, pero se le expidió orden para el Hospital Universitario San Juan de Dios de Cartagena, para que lo valoraran y designaran el tratamiento que debe seguir, le informaron que la EPS no tiene contrato con la IPS Litotricia S.A., que él fue remitido ahí en cumplimiento de un fallo de tutela y que su caso se encontraba en oficina jurídica en Barranquilla, a donde debe acercarse si no se encuentra conforme.

El 17 de julio de 2013 le entregaron una orden abierta al urólogo externo.

Por la demora en la atención, los cálculos que el demandante tenía en el riñón y que las dos sesiones de la litotricia extracorpórea por onda de choque le fragmentó, nuevamente se unieron, ahora son mas grandes y él los produce, sufre insuficiencia renal, padece fuertes dolores, permanentemente toma buscapina, tiene problemas para orinar, y el diagnóstico del resultado del examen señaló que tiene además una ateromatosis de aorta abdominal.

1.1.3. Pretensión.

El demandante solicita que se le tutelen sus derechos a la seguridad social, la salud y la dignidad humana; en consecuencia:

- Que se le ordene a la Nueva E.P.S. que autorice y expida las órdenes de servicio para la prestación de servicios médicos y hospitalarios, que le ordenó su médico tratante, doctor Pedro Vélez de Pombo, quien atiende en la IPS Litotricia S.A. (Cartagena), especialmente la cita de control que no pudo llevarse a cabo el 12 de octubre de 2012², y las que éste ordene en adelante, por las razones expuestas en la acción de tutela.
- Que se le ordene a la Nueva E.P.S. que en forma inmediata expida las órdenes de servicio que sean necesarias para la prestación de los servicios médicos y hospitalarios que requiera para ser tratado por la patología Ateromatosis de aorta abdominal, con los especialistas expertos en el tema, exámenes especializados, etc.
- Se compulsen copias del expediente a la Superintendencia de Salud para que investigue y sancione a la Nueva E.P.S. por el tratamiento tardío, ineficiente y carente de calidad al que ha sido sometido.

1.2. Contestación de la demanda (fls. 81-85).

La entidad accionada manifestó, que es cierto que el demandante está afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud en calidad de beneficiario; su afiliación está activa, por ende puede acceder a los servicios de salud del Plan Obligatorio de Salud.

Sobre la omisión que se le imputa a la entidad, ésta afirmó que no ha sido radicada la solicitud para el servicio de consulta especializada por urología, por lo que expresó, que si el accionante posee una orden médica de servicio, debe acercarse a la oficina de atención al usuario, para que la radique y se inicie el trámite de su autorización.

La entidad no aportó la historia clínica del demandante, e informó que no tiene contrato vigente con la IPS LITOTRICIA S.A. de la ciudad de Cartagena.

² En armonía con los hechos de la demanda, la fecha correcta debe ser 29 de octubre de 2012 (fl. 4).

Dijo, que la entidad no puede ordenar tratamientos integrales, ya que estos son realizados por médicos tratantes del paciente y van conforme a los requerimientos del mismo, pues no conocen con certeza el comportamiento y desarrollo de la patología.

La entidad demandada pide, que se declare improcedente la acción de tutela, puesto que versa sobre órdenes que el accionante no ha presentado, que no han sido negadas por la entidad, por tanto no existe vulneración a los derechos que invoca; pero, afirmó, que si el juzgado considera que los derechos invocados son tutelables, y en consecuencia se ordena a la Nueva EPS cubrir los costos de la prestación solicitada fuera del POS, se le reconozca el derecho a repetir contra el FOSYGA.

1.3. Intervención del señor Procurador 104 Judicial 1 Administrativo.

El señor Agente del Ministerio Público no conceptuó en el presente asunto.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. Se plantea en la demandada, que la Nueva E.P.S. le está vulnerando al accionante los derechos a la seguridad social, a la salud y a la dignidad humana, en consideración a que él padece insuficiencia renal crónica y cálculos renales, y para su tratamiento se le ordenó un UROTAC, cuyo resultado todavía no ha sido valorado por el médico tratante que lo ordenó, vinculado a IPS a la que lo remitió la EPS demandada con ocasión del tratamiento de la enfermedad.

Para el demandante tal vulneración existe, dado que por la demora en la atención, los cálculos que tenía en el riñón y que las dos sesiones de litotricia extracorpórea por onda de choque le fragmentó, nuevamente se unieron, ahora son mas grandes, él los produce, padece de fuertes dolores, tiene problemas para orinar, y llevarle los resultados del UROTAC a otro médico, conlleva a que se le inicie un nuevo tratamiento, cuando la cita de

control en la que se valoraría el resultado de dicho examen fue programada para el 29 de octubre de 2012, y hasta ahora logró realizárselo.

Para la entidad demanda no existe tal vulneración de derechos fundamentales, dado que, el demandante no ha radicado solicitud u orden de servicio de consulta especializada por urología.

2.2. Se formula como problemas jurídicos los siguientes:

¿Le está vulnerando la Nueva E.P.S. el derecho fundamental a la salud al accionante, por no garantizarle la valoración oportuna del UROTAC por el médico tratante de la IPS que se le ordenó y a la que aquella lo remitió, con ocasión y para el tratamiento de la enfermedad renal que padece?

¿Le está vulnerando la Nueva E.P.S. el derecho fundamental a la salud al accionante al no tratarle la enfermedad "Ateromatosis de aorta abdominal" cuya impresión diagnóstica arrojó el resultado del UROTAC cuya valoración por el médico tratante está pendiente?

Para darle respuesta a los problemas jurídicos se tratarán los siguientes puntos:

- i) Necesidad de que la prestación de los servicios de salud sea continua y oportuna para que se garantice la recuperación o estabilización del paciente.
- ii) Escogencia de la IPS.
- iii) Procedencia de la tutela cuando se reclaman servicios directamente por vía de tutela.
- iv) Análisis del caso concreto.

2.3. En lo atinente a la prestación de forma continua y oportuna de los servicios de salud la H. Corte Constitucional en sentencia T-234 de 2013³ manifestó que:

³Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

“Sobre este punto, la Corte ha sostenido que una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio⁴, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente.⁵ Asimismo, este derecho constitucional a acceder de manera eficiente a los servicios de salud, no solamente envuelve la garantía de continuidad o mantenimiento del mismo, también implica que las condiciones de su prestación obedezcan a criterios de calidad y oportunidad.”

De igual forma se pronunció en sentencias anteriores, por lo que es posición reiterada de la Corte⁶ así:

“4.1. De manera reiterada, la jurisprudencia constitucional⁷ ha establecido que una de las características de la salud como servicio público esencial, es la continuidad en su prestación considerándose ilegítima su interrupción cuando están en juego derechos fundamentales como la vida, la integridad personal, la salud y la seguridad social⁸.

4.2. Por lo mismo, la Corte⁹ ha reconocido que no cualquier interrupción del servicio es injustificable. En cada caso el juez constitucional deberá analizar la situación a la luz del criterio de necesidad del servicio y evaluar si se están afectando los derechos fundamentales del paciente que requiere la atención. La sentencia T-406 de 1993 indicó al respecto lo siguiente,

“Por necesarios, en el ámbito de la salud, deben tenerse aquellos tratamientos o medicamentos que de ser suspendidos implicarían la grave y directa afectación de su derecho a la vida, a la dignidad o a la integridad física. En este sentido, no sólo aquellos casos en donde la suspensión del servicio ocasione la muerte o la disminución de la salud o la afectación de la integridad física debe considerarse que se está frente a una prestación asistencial de carácter necesario. La jurisprudencia ha fijado casos en los que desmejorar inmediata y gravemente las condiciones de una vida digna ha dado lugar a que se ordene continuar con el servicio. Se ha dicho al respecto,

⁴Corte Constitucional, Sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); en este caso, la Corte tuteló el derecho de un menor a que el Hospital acusado lo siguiera atendiendo, pues consideró que “[la] interrupción inconveniente, abrupta o inopinada de las relaciones jurídico-materiales de prestación no se concilia con el estado social de derecho y con el trato que éste dispensa al ser humano”.

⁵Corte Constitucional, sentencia T-059 de 2007 (MP Álvaro Tafur Galvis), en este caso se tuteló el derecho de un joven de 23 años a que no se interrumpiera el tratamiento que recibía por un problema de adicción que lo llevó a perder su cupo como estudiante, a pesar de que se le atendía en condición de beneficiario de su padre, por ser estudiante.

⁶Sentencia T-737 de 2011 Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁷T-170 de 2002, T-1210 de 2003, C-800 de 2003, T-1198 de 2003, T-699 de 2004, T-777 de 2004, T-924 de 2004, T- 656 de 2005, T-837 de 2006, T-148 de 2007, T-363 de 2007, entre otras.

⁸En sentencias como la T-1198 de 2003 la Corte analizó los criterios que fundamentan dicho imperativo en los siguientes términos: “(i) Las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tiene a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados.” (Subrayas fuera del texto).

⁹T-406 de 1993, T-829 de 1999, T-636 de 2001

“(…) hay un gran obstáculo al ejercicio pleno del derecho a la vida, cuando su titular tiene que soportar dolores o incomodidades que hacen indigna su existencia, y hay evidente vulneración del mismo derecho, no sólo amenaza, cuando superar ese dolor o esa incomodidad es posible y nada se hace por conseguirlo, so pretexto de un interés económico o de la aplicación de una norma de carácter legal que jamás puede obstaculizar la realización de una garantía constitucional.”¹⁰

2.4. En relación con el derecho a que el usuario escoja la IPS, y el derecho de la EPS a elegir con qué IPS contrata, la Corte Constitucional en la sentencia T-603 de 2010¹¹ manifestó:

“4. Entre las reglas para la prestación del servicio público de salud, el Sistema General de Seguridad Social¹² dispone como norma rectora, el permitir la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud bajo las regulaciones y vigilancia del Estado. Así, con base en esta normatividad se le reconoce al usuario el derecho a la *libertad de escogencia* entre las Entidades Promotoras de Salud -EPS- y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud -IPS- cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios.

5. El ejercicio del derecho a la libertad de escogencia tiene así una doble manifestación: la libertad de escoger EPS¹³ y, una vez afiliado, dentro de ella la libertad de escoger IPS¹⁴. Este derecho encuentra su fundamento constitucional en la libertad y autonomía de toda persona de tomar aquellas decisiones determinantes para su vida, como lo es la escogencia de las entidades a las que confiará el cuidado de su salud¹⁵. Empero, este derecho no es absoluto y su ejercicio se limita por la regulación normativa existente al respecto y por la existencia de recursos y entidades que ofrezcan los servicios¹⁶.

6. El derecho del usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud a la libertad de escogencia de IPS se limita a las opciones que ofrezca la respectiva EPS¹⁷; por su parte, la EPS tiene el derecho a escoger con qué IPS contratar los servicios de salud¹⁸. No obstante lo anterior, esta Corporación¹⁹ ha caracterizado el ejercicio de cada uno de estos derechos de la siguiente manera.

6.1 Con respecto al margen de acción del derecho de la EPS de escoger con qué IPS contratar los servicios de salud, esta Corte le ha impuesto a aquella el deber de: a) celebrar convenios con varias IPS para que de

¹⁰ T-829 de 1999

¹¹ Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, M.P. Juan Carlos Henao Pérez

¹² Ley 100 de 1993 artículo 153, numeral 4°.

¹³ Decreto Reglamentario 1485 de 1994 artículo 14 numeral 4.

¹⁴ Decreto Reglamentario 1485 de 1994, artículo 14 numeral 5.

¹⁵ T-010-04.

¹⁶ T-436-04, T-247-05.

¹⁷ Ley 100 de 1993 artículo 156 literal g); artículo 159 numeral 4°.

¹⁸ Ley 100 de 1993 artículo 179.

¹⁹ Con respecto a la libertad de escogencia de IPS esta Corte se ha pronunciado en las siguientes sentencias: T-238-03, T-614-03, T-247-05, T-1063-05, T-526-06, T-347-07, T-423-07, T-965-07, T-158-08, T-223-08, T-576-08, T-105-09, T-518-09.

esta manera el usuario pueda elegir²⁰, b) garantizar la prestación integral²¹ y de buena calidad²² del servicio, c) tener, al acceso del usuario, el listado de las IPS²³ y d) estar acreditada la idoneidad y la calidad de la IPS²⁴.

Cuando la EPS en ejercicio de este derecho pretende cambiar una IPS en la que se venía prestando los servicios de salud, tiene la obligación de: a) que la decisión no sea adoptada en forma intempestiva, inconsulta e injustificada²⁵, b) acreditar que la nueva IPS está en capacidad de suministrar la atención requerida²⁶, c) no desmejorar el nivel de calidad del servicio ofrecido y comprometido²⁷ y d) mantener o mejorar las cláusulas iniciales de calidad del servicio prometido, ya que no le es permitido retroceder en el nivel alcanzado y comprometido²⁸.

6.2 En lo que atañe al alcance del derecho del usuario, afiliado a una determinada EPS, de escoger la IPS encargada de prestar los servicios de salud, esta Corte ha considerado en primer lugar que este derecho se puede ejercer dentro del marco de opciones que ofrezca la respectiva EPS, salvo, en virtud de la Resolución 5261 de 1994²⁹, de los casos de urgencias, cuando hay autorización expresa de la EPS y cuando se demuestra la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la EPS para cubrir las obligaciones de sus usuarios³⁰.

Cuando la EPS en ejercicio de su derecho cambia de IPS, correlativa a las obligaciones mencionadas de la EPS (6.1), el usuario tiene el derecho a que la EPS le garantice que la nueva IPS presta un buen servicio de salud y una prestación integral, en razón a que los derechos de los usuarios se afectan si la IPS no cuenta con recursos humanos y la infraestructura necesaria para atender las contingencias en salud³¹. De este modo cuando se pretende por parte del usuario que una IPS ajena a los convenios suscritos por la EPS a la cual se encuentre afiliado preste los servicios que requiere, es necesario que se demuestre³² que la IPS afiliada no garantiza integralmente el servicio, o es inadecuada o es inferior y deteriora la salud de los usuarios³³.

Ahora bien, cuando en el curso de un tratamiento acontece un traslado de IPS ocasionado por el ejercicio del derecho de la EPS de escoger con qué

²⁰ T-1063-05, T-965-07.

²¹ T-423-09.

²² T-965-07.

²³ T-247-05.

²⁴ T-518-06.

²⁵ T-247-05, T-223-08.

²⁶ T-614-03.

²⁷ T-223-08, T-576-08.

²⁸ T-347-07.

²⁹ Resolución por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, artículo 10 y 14.

³⁰ T-105-09, T-423-09.

³¹ T-158-08.

³² En tutela T-596-04 esta Corte definió que la carga de probar corresponde a la entidad accionada, como quiera que es ésta la que posee mayores elementos de juicio para demostrar si la nueva IPS es igual o mejor que la anterior IPS. Empero, en sentencias T-1063-05 y T-423-07 se señaló que la carga de demostrar lo inadecuado o inferior de la IPS corresponde a los usuarios. Es así como en las sentencias mencionadas, por falta de prueba se negó el derecho. Frente a estas posiciones, a pesar de que en este proceso como mas adelante se analizará existe prueba de la afectación del derecho proporcionada por la parte accionante y no desvirtuada por la entidad accionada, esta Sala reitera la posición descrita en la tutela T- 600-09, esto es, que *"la regla general de que a quien alega le corresponde probar, debe ser apaciguada en sede de tutela, y ser interpretada en el sentido de que la parte afectada pruebe lo que alega 'en la medida en que ello sea posible', pues se ha de tener en consideración la especial situación de debilidad o subordinación en que se encuentre el accionante para acceder a la prueba, lo que a su vez enfatiza la obligación del juez de tutela en el marco probatorio de realizar una actividad oficiosa para el esclarecimiento de los hechos base de la acción"*.

³³ T-247-05.

IPS contratar, además de tener en cuenta lo anteriormente expuesto, la EPS tiene la obligación de garantizar que el usuario tiene derecho a la estabilidad³⁴ en las condiciones de calidad, eficiencia y oportunidad del servicio³⁵.”

2.5. Finalmente, sobre las órdenes médicas que se pretenden directamente a través de demanda de tutela, es decir, sin previa autorización de la E.P.S., la H. Corte Constitucional en términos generales ha expresado:

“...cuando se reclama directamente por vía de tutela la prestación de un servicio de salud antes de haberlo requerido a la entidad competente, es que el juez constitucional no debe amparar el derecho deprecado, “salvo casos excepcionalísimos”. Lo anterior busca evitar prácticas en las que los actores parten del supuesto de que sus solicitudes serán negadas por lo que consideran que el camino más fácil y expedito para obtener lo pretendido consiste en acudir a la acción de tutela³⁶.”

Dichos casos excepcionalísimos en los que es procedente la acción de tutela los ilustra la H. Corte Constitucional en el siguiente aparte de las sentencias T- 139 de 2011 y T-066 de 2012:

“...estamos frente a personas que por su delicadísimo estado de salud, no les es exigible que cada vez que necesiten un servicio, tengan que acudir a la EPS responsable para solicitarlo y además realizar el trámite administrativo para autorizarlo, ni mucho menos, que por cada servicio deban elaborar un derecho de petición o dirigir una comunicación a la entidad. Las EPS –las cuales tienen conocimiento de primera mano de las historias clínicas de sus pacientes-, son responsables de hacer seguimiento a aquellos casos, como los que se estudian en este apartado, en que los usuarios requieran servicios de forma continua; además, deben elaborar un plan integral para el manejo de la enfermedad, de acuerdo a lo recomendado por los especialistas en la materia, el cual deberá incluir la realización de exámenes periódicos el estado actual de la enfermedad. No pueden estas instituciones esperar a que los exámenes diagnósticos u otro servicio de salud a que tengan derecho los usuarios del Sistema de Seguridad en Salud, sean ordenados a través de una tutela.”

“(...)

4.2. El juez de instancia negó la acción de tutela, toda vez que no encontró soporte fáctico que le otorgara certeza a las afirmaciones de la tutela, pues si bien es cierto está probado en el expediente el padecimiento del actor, no obra prueba de que se haya realizado la

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ T-347-07.

³⁶ T-900 de 2002

legalización, ni pedido el tratamiento ante la accionada como para que ésta haya tenido la conducta de negar el servicio.

4.3. Ahora bien, a diferencia de lo expresado por el juez de instancia, esta Sala considera que a pesar de no encontrarse por escrito dentro del expediente la solicitud del tratamiento de quimioterapia, es suficiente la orden médica emitida por el médico tratante para que la EPS accionada esté obligada a ordenar el procedimiento, toda vez que por medio de ésta se entiende requerida. (...)”³⁷

Los casos anteriores, entre otros, constituyen la excepción a la regla general planteada por la H. Corte Constitucional, de negar por improcedente la tutela, cuando se reclama directamente por esta vía la prestación de un servicio de salud; dichas excepciones se verifican cuando se trata de personas que padecen enfermedades catastróficas o de *“personas con enfermedades que les dificultan la movilidad de su cuerpo, total o parcialmente, y que deben ser asistidos para realizar todas sus actividades”*³⁸, por lo que el juez de tutela debe analizar cada caso en particular para decidir la viabilidad de ordenar la prestación de los servicios de salud sin requerimiento previo a la EPS o IPS demandada en tutela.

2.6. Caso Concreto.

Con base en el análisis individual y en conjunto de las pruebas que están el expediente, se encuentran demostrados los siguientes hechos:

- El 27 de abril de 2012, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, confirmó sentencia de primera instancia proferida a favor del accionante y en contra de la Nueva EPS, mediante la cual se exoneró al accionante del copago y cuota moderadora para la práctica de procedimiento (LITOTRICIA EXTRACORPOREA POR ONDA DE CHOQUE) prescrito por el médico para el tratamiento de la insuficiencia renal crónica que padece (fls. 61-80). En dicha providencia se afirmaron los siguientes hechos como demostrados, que el juzgado asume como tales:

³⁷ Sentencia T-066 de 2012 Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁸ Sentencia T-066 de 2012

“Se encuentra demostrado que el accionante es adulto mayor, cuenta con 66 años de edad y padece quebrantos de salud ocasionados por una INSUFICIENCIA RENAL CRÓNICA; es así que: *el paciente refiere antecedentes de diabetes mellitus tipo II, desde 1985, controlada con dieta, no hipoglicemiantes orales, no insulino dependiente; litiasis renal desde hace 3 años. Enfermedad renal crónica estadio III. Enviado para controles con nefrología por nefropatía en estudio.*” (...) 1. Se trata de un adulto mayor, de 66 años de edad, desempleado, que carece de recursos económicos y padece INSUFICIENCIA RENAL CRÓNICA, respaldada por dictamen médico especializado. 2. Debido a las circunstancias anteriores no se le podrá imponer el cobro de copago exigido por la NUEVA EPS como condición para la autorización de los procedimientos prescritos por los facultativos para el tratamiento de su enfermedad, dado que le corresponde a la EPS de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, controvertir y probar la capacidad de pago del cotizante y de su beneficiario, sin embargo, la **Nueva Empresa Promotora de Salud S.A.**, no logró desvirtuar tal circunstancia y tampoco refutó probatoriamente lo expuesto en el escrito de tutela, por tal motivo se tendrán por ciertas las aseveraciones hechas por el tutelante.”

- El 1 de junio de 2012 al señor Aníbal José Bitar Osorio la Nueva E.P.S. le autorizó Litotricia extracorpórea para litiasis urinaria, a realizarse en la IPS Litotricia S.A. de la ciudad de Cartagena (fl. 12).
- El 2 de octubre de 2012 el accionante fue atendido en Litotricia S.A., ubicado en la ciudad de Cartagena, por el médico Pedro Vélez de Pombo, que le ordenó Urotac (fls. 13, 14).

En la historia clínica se anotó “ANAMNESIS. EVOLUCIÓN. POP DE LITOTRICIA EXTRACORPOREA IZQUIERDA 2 SESIONES SE SIENTE BIEN. NO REFIERE ELIMINACIÓN DE FRAGMENTOS. NO SE REALIZÓ PLACA DE ABDOMEN SIMPLE CON ACETATO Y LO TRAE EN C.D. IMPRESIÓN CLÍNICA CALCULO DE RIÑÓN”. Esto y lo afirmado en el hecho vigésimo segundo de la demanda, permiten afirmar que se le practicaron dos sesiones de litotricia.

- El 30 de noviembre de 2012, el Juzgado 7º Administrativo Oral de Sincelejo, le tuteló al demandante sus derechos fundamentales, y ordenó a la entidad demandada que asuma los costos del transporte y la estadía

de él en la ciudad de Cartagena, con ocasión de la práctica del UROTAC, entre otros (fls. 91-105). En dicha providencia se afirmaron como demostrados los siguientes hechos que el juzgado reafirma:

“Al señor ANIBAL JOSE BITAR OSORIO, le fue prescrito el día dos (2) de octubre de 2012, examen denominado UROTAC (fl. 7), el cual fue autorizado para ser realizado en la Clínica las Peñitas (fl. 10) y luego remitido a la ciudad de Cartagena, a la IPS CLINICA SAN JUAN DE DIOS (fl. 11).

(...)

Se precisa que aun cuando el demandante manifiesta que el hijo del que se desprenden las obligaciones del núcleo familiar trabaja en la Rama Judicial y presenta una asignación básica mensual \$2.538.807, también demostró con los anexos aportados al expediente, que al sumar los gastos por concepto de servicios públicos y créditos pendientes de satisfacer, exonerando el pago de cuotas de tarjetas de crédito, el sueldo que devenga el señor LUIS FELIPE BITAR CALLE, es estrictamente necesario para cumplir con las obligaciones que tiene que satisfacer mes a mes (fls. 46-51)”

La orden de tutela que se dio en esa providencia fue la siguiente:

“ORDÉNASE a la entidad accionada, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, si no lo ha hecho, emita autorización para asumir los gastos de transporte intermunicipal (Sincelejo Cartagena y viceversa), alojamiento y alimentación, del accionante y de un acompañante mientras se encuentra fuera de la ciudad con motivo de los exámenes y tratamientos médicos prescritos. Y le garantice la entrega de estos, cada vez que tenga que desplazarse fuera de la ciudad y realizarse los tratamientos que prescriba el médico tratante, sin que tenga que acudir nuevamente a la acción de tutela.”

- La sentencia fue confirmada por el H. Tribunal Administrativo de Sucre el 17 de enero de 2013.
- El accionante presentó incidente de desacato por incumplimiento de la orden de tutela.
- El 8 de julio de 2013 el accionante se realizó en la entidad CEDIUL, ubicada en la ciudad de Barranquilla, “URO TOMOGRAFIA

MULTICOLOR UROTAC.”, por cuenta de la NUEVA EPS S.A. que arrojó como impresión diagnóstica (fl. 16):

- “1. Litiasis renal bilateral.
2. Ureterolitiasis distal derecha con leve dilatación pielocalicial ureteral.
3. Ateromatosis de aorta abdominal
4. Quiste renal derecho”.

- El 18 de julio de 2013, la Nueva EPS le autorizó al demandante consulta especializada por urología. En dicha orden no se precisó la fecha de la cita, con quién o con qué entidad (fl. 17).
- Por el informe presentado por la entidad demandada, está demostrado que ella no tiene contrato con la IPS Litotricia S.A. de la ciudad de Cartagena a la cual está vinculado el médico que le ordenó el UROTAC cuyo resultado se encuentra pendiente de valoración.
- El 8 de agosto de 2013 el Juzgado 7º Administrativo Oral de Sincelejo ordenó archivar el incidente de desacato, por hecho superado.
- Está demostrado, que el tratamiento para la enfermedad por la que el demandante consultó al especialista en Urología Dr. Pedro Alonso Vélez de Pombo, por remisión de la Nueva EPS, el 2 de octubre de 2012 en la IPS Litotricia S.A. ubicada en la ciudad de Cartagena, está inconcluso, como quiera que todavía se encuentra pendiente la valoración del UROTAC prescrito por el médico tratante en esa fecha.
- No está probado en el expediente, que el señor Aníbal José Bitar Osorio no ha realizado la radicación para el servicio de consulta especializada por urología, ya que, contrario a lo afirmado por la entidad demandada como respuesta a la tutela, él aportó autorización para consulta especializada por urología de fecha 18 de julio de 2013, expedida por la CLINICA GENERAL DE SUCRE LTDA en nombre de la NUEVA EPS.

En relación con ella está demostrado que fue generada sin especificar quien será su médico tratante o que IPS lo tratará y la fecha en que será atendido. Está demostrado que es poco probable que el UROTAC sea valorado por el médico de la IPS que se lo ordenó, pues la entidad demandada no tiene contrato con ella.

- Finalmente, está demostrado que el resultado del UROTAC dado el 8 de julio de 2013 fue el que arrojó la impresión de “Ateromatosis de aorta abdominal”, por tanto está probado que la EPS desconoce este resultado ya que el demandante no se ha acercado para que se le inicie la valoración y tratamiento de ella. En consecuencia, no está demostrado que frente a ese hecho la entidad demandada esté omitiendo su deber de garantizarle los servicios de salud al demandante.

2.7. Con base en todo lo expuesto, frente a los problemas jurídicos planteados, se afirma:

- De una parte, que la Nueva E.P.S. le está vulnerando al accionante el derecho fundamental a la salud, pues la prestación de los servicios de salud para el tratamiento de la enfermedad que padece y por la cual consultó el 2 de octubre de 2012 al Dr. Pedro A. Vélez de Pombo en la IPS Litotricia, ubicada en la ciudad de Cartagena, se ha interrumpido por faltas atribuibles a la entidad demandada, interrupción que subsiste como quiera que la entidad demandada no garantiza que el UROTAC que se le ordenó en esa fecha sea valorado oportunamente por el médico tratante que lo prescribió, ni por otro médico o IPS que retome el tratamiento sin tardanzas y sin trasladarle al demandante la carga de soportar mas demoras y cambios de criterios en el manejo de la patología que padece, que cada día mas le afecta su derecho a vivir en condiciones dignas, ya que, como lo afirmó el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo en la sentencia de tutela mencionada en esta providencia:

“si bien es cierto que en el expediente de tutela no se evidencia que la patología que padece el tutelante tenga las características de tipo catastrófico, no lo es menos el hecho de que es una enfermedad crónica que lo viene aquejando desde hace más de tres años, por lo cual requiere de la atención y tratamientos necesarios e inmediatos con el fin de lograr garantizarle un mejor bienestar y una longevidad en óptimas condiciones, evitándose además, que la misma llegue a alcanzar el carácter de enfermedad de alta complejidad técnica, dadas las complicaciones que le podría generar. “ (fl. 76).

- De otra parte, la entidad demandada no le está desconociendo al demandante el derecho fundamental a la salud, por no tratarle la enfermedad “Ateromatosis de aorta abdominal”, cuya impresión diagnóstica se halla en el UROTAC que se encuentra pendiente de valoración, pues el tratamiento de ella se está reclamando directamente por vía de tutela, es decir, sin haber acudido antes a la entidad demandada a solicitar su atención.

Lo anterior, porque el demandante debe solicitar el servicio de salud directamente a la EPS para la valoración de ese punto, ya que según lo afirmó él en la demanda y en consideración a que en el expediente no se tiene elemento de juicio para inferir lo contrario, no se trata de algo relacionado con la insuficiencia renal crónica o los cálculos renales, por otra parte, porque a la luz del artículo 83 de la C.P. y por lo anterior, no es constitucional inferir que la atención de la entidad ante esa nueva solicitud de servicio será negligente o inadecuada.

3. DECISIÓN.

En merito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Sincelejo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

3.1. Le tutela al señor Aníbal José Bitar Osorio su derecho fundamental a la salud.

3.2. Le ordena a la Nueva E.P.S., que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, le expida al accionante la orden médica necesarias para que el Dr. Pedro Alfonso Vélez de Pombo, Urólogo, vinculado a la IPS Litotricia S.A. ubicada en la ciudad de Cartagena, valore el resultado del UROTAC que le prescribió el 2 de octubre de 2012 al accionante.

Se le ordena a la entidad demandada, que para lo anterior cumpla con la orden de tutela dada por el Juzgado 7º Oral Administrativo de Sincelejo en sentencia proferida a favor del demandante el 30 de noviembre de 2012, numeral 1º, es decir, asuma el costo del transporte y la alimentación del accionante y un acompañante, necesarios para que se cumpla la orden anterior dada en esta sentencia.

Vencido el término dado para cumplimiento de la orden anterior, la Nueva E.P.S. deberá informar a este juzgado su cumplimiento, so pena de iniciarse incidente de desacato, y de compulsar copias a la Superintendencia Nacional de Salud.

3.3. Se niega la pretensión de tutela solicitada en el numeral 3º del acápite de peticiones de la demanda (fl. 8).

3.4. Notifíquese la presente providencia a las partes por un medio expedito y eficaz.

3.5. Si no es impugnada, remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión (Decreto 2591/91 art. 31 inciso 2).

Mary Rosa Pérez Herrera
Jueza