

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, 18 JUL 2017

DEMANDANTE: SEGUNDO CONTRERAS BUITRAGO.
DEMANDADO: NUEVA E.P.S.
VINCULADO: MUNICIPIO DE JENESANO - OFICINA SISBEN.
RADICACIÓN: 15001 33 33 011 2017 00108 - 00
ACCIÓN: TUTELA

ASUNTO A RESOLVER:

Decide el Despacho en primera instancia la acción de tutela instaurada por el señor **SEGUNDO CONTRERAS BUITRAGO** contra la NUEVA EPS, habiéndose vinculado al trámite constitucional al MUNICIPIO DE JENESANO - OFICINA SISBEN.

I. ANTECEDENTES:

1.- Pretensiones:

El señor SEGUNDO CONTRERAS BUITRAGO presenta demanda de tutela contra la NUEVA E.P.S., invocando la protección de los derechos fundamentales a la vida en conexidad con el derecho a la salud, dignidad humana, seguridad social, por lo que solicita al Despacho ordenar a la entidad prestadora de salud NUEVA E.P.S. la remisión para cirugía cardiovascular ordenada por el médico tratante, según fórmula anexa de fecha 22 de junio y demás tratamientos y exámenes que requiera para el control y mejoría de su salud.

2.- Hechos:

Manifiesta que se encuentra afiliado y activo en el Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud a la entidad NUEVA EPS. Que actualmente cuenta con 73 años de edad y necesita remisión a cirugía cardiovascular para evaluar posible indicación quirúrgica.

Señala que, el pasado 17 de junio, ingresó al Hospital San Rafael de Tunja por urgencias, con cuadro clínico de 5 días de evolución consistente en deterioro de la clase funcional hasta III/IV con disnea, astenia, adinamia, malestar general y dolor, al parecer epigástrico, de características desconocidas. Que se le realizó ecocardiografía que describe cardiopatía isquémica y valvular de ventrículo izquierdo con fevi de 33% + insuficiencia

aórtica severa + dilatación de ventrículo derecho + insuficiencia tricúspidea severa.

Indica que el especialista, Dr. Arturo Hernández de Castro, consideró que necesitaba remisión para cirugía cardiovascular, la cual a la fecha no ha sido autorizada por la NUEVA EPS.

Que dada su condición económica, le es imposible asumir de forma particular el tratamiento quirúrgico y demás procedimientos y exámenes médicos que se requieren.

3.- Trámite procesal surtido en primera instancia (fl. 25-26):

Por auto de fecha seis (6) de julio del dos mil diecisiete (2017) se admitió la acción de tutela, se ordenó notificar al Gerente de la **NUEVA EPS** y se dispuso vincular al **MUNICIPIO DE JENESANO-OFICINA DEL SISBEN** haciendo entrega del libelo tutelar y sus anexos; de igual forma, se concedió el término de dos (2) días para que allegaran informe de respuesta y se decretaron pruebas.

4.- Contestación de las entidades accionadas:

4.1.- NUEVA E.P.S. (fl. 35-38): A través de la Gerente Zonal Boyacá, contestó la demanda de tutela aclarando que no presta el servicio de salud directamente sino a través de sus IPS contratadas, las cuales son avaladas por la Secretaria de Salud del municipio respectivo, precisando que dichas IPS programan las cirugías, citas y demás procedimientos de los usuarios, de acuerdo con sus agendas y disponibilidad.

Respecto a las pretensiones del accionante, indica que la NUEVA EPS presta los servicios de salud dentro de su red de prestadores, según lo ordenado por el médico tratante y de acuerdo con la Resolución 6408 de 2016 (artículo 138) del Ministerio de Salud y Protección Social y demás normas concordantes. Refiere que todos los afiliados a la Nueva EPS tienen una IPS asignada desde el momento de la afiliación, la cual pueden cambiar una vez al año, si así lo desean o si cambia su lugar de residencia o trabajo.

Señala que la NUEVA EPS brinda los servicios que se encuentran dentro del Plan Obligatorio de Salud, dentro del Régimen Subsidiado (POSC), de manera integral. Estos servicios cubren: promoción, educación y prevención, información, diagnóstico, hospitalización y atención en urgencias y que este modelo de prestación de servicios propende por garantizar a los afiliados el acceso a una red de Instituciones Prestadoras de Servicios en Salud, que cubra los requerimientos de sus usuarios de manera oportuna, eficiente y a través de canales de acceso adecuados.

Agrega que, conforme al artículo 3 de la Resolución 5261 de 1994, todo paciente deberá utilizar los servicios con los que cuente cada municipio o

zona de residencia, salvo en los casos de urgencia comprobada o de remisión debidamente autorizada por la EPS; además, menciona que debe ordenarse el recobro, a la Secretaría de Salud Departamental, del 100% de los servicios NO POS a los que se vea obligada la entidad para la prestación del servicio.

Lo anterior teniendo en cuenta que no se vinculó a la Secretaria de Salud Departamental y que el usuario pertenece al régimen subsidiario, es decir, tiene cobertura de los servicios de salud con cargo a la UPC, pero en el servicio NO POS, se debe encargar la Secretaria de Salud Departamental, pues es la entidad encargada de dar el cubrimiento de los servicios que están por fuera del plan de beneficios en salud con cargo a la UPC (NO POS). Transcribe los artículos 3 y 132 de la Resolución 5592 de 2015 referentes a los principios generales para la aplicación del plan de beneficios en salud con cargo a la UPC y las condiciones de no cobertura de tecnologías con cargo a la unidad de pago por capitación.

Por lo anterior, solicita se deniegue por improcedente la acción de tutela, por no acreditarse la concurrencia de las exigencias previstas por la Corte Constitucional para inaplicar las normas que racionalizan la cobertura del servicio. Y, en caso de ser concedida, se ordene expresamente que el Fondo de Solidaridad y Garantía-FOSYGA o la entidad territorial correspondiente de acuerdo al régimen que corresponda (contributivo y/o subsidiario), pague a la Nueva EPS el 100% del costo de los servicios que están fuera del POS y le sean suministrados al usuario dentro de los 15 días siguientes a la formulación de la cuenta pertinente.

4.2.- MUNICIPIO DE JENESANO (fl. 47-49): Vinculado mediante auto de fecha 6 de julio de 2017, contestó la demanda indicando que el actor no ha determinado de qué forma el Municipio de Jenesano ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud, a la dignidad humana, a la vida, a la seguridad social, teniendo en cuenta que el accionante se encuentra inscrito en la base de datos del SISBEN del Municipio.

Que ese ente territorial no tiene legitimación en la causa por pasiva en la acción constitucional y que la entidad que debe autorizar el procedimiento quirúrgico y demás tratamientos que requiera el accionante es la NUEVA EPS.

Concluye manifestando que no existe el mínimo soporte de hecho o de derecho que permita concluir que el Municipio de Jenesano, con su actuar, vulneró de forma alguna los derechos fundamentales alegados por el accionante.

4.3.-. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA. (fl.60-61): Conforme al requerimiento que se hiciera mediante auto de fecha 6 de julio de 2017, ofrece respuesta manifestando que, revisado el sistema y la historia clínica del paciente, se evidencia lo siguiente:

"paciente masculino de 73 años quien ingresa por el servicio de urgencias el 17/06/2017 con cuadro de 5 días de evolución de deterioro clase funcional asociado a dolor abdominal con antecedentes de cardiopatía isquémica con náuseas y vómito sin síntomas gastrointestinales por lo consideran cuadro equivalente anginosos y remiten para valoración y manejo en tercer nivel aceptado por el doctor capella.

- **17 de junio:** INGRESO, Presenta deterioro por lo requirió intubación y traslado a UCI para manejo, con evolución favorable, se logra su rápida extubación y se compensa su función cardiovascular, aunque con probable indicación de manejo quirúrgico por lo que se indica remisión a cirugía cardiovascular. Anexo 2 folios.
- **22 de junio:** REMISIÓN, Dr. ARTURO HERNÁNDEZ DE CASTRO solicita remisión a cirugía cardiovascular para evaluar posible indicación quirúrgica.
- **01 de julio:** PLAN DE MANEJO, se solicita remisión a cirugía cardiovascular para evaluar posible indicación quirúrgica.
- **06 de julio:** EVOLUCIÓN, paciente con diagnósticos anotados en el momento clínicamente estable, se confirma cita por cirugía cardiovascular HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN RAFAEL DE BOGOTÁ.
- **06 de junio:** REMISIÓN, el paciente es remitido al Hospital Universitario Clínica San Rafael de Bogotá quien ingresa a las 9:04 am para cirugía cardiovascular y Remitido de nuevo este día a Hospital San Rafael de Tunja.
- **06 de julio:** Paciente en la unidad de alerta consiente, con oxígeno por cánula de 2 litros con acceso venoso permanente, pendiente definir salida.
- **07 de julio:** FECHA DE EGRESO, el paciente egresa del Hospital San Rafael de Tunja el 07 de julio de 2017.

CONSIDERACIONES:

1.- Problema jurídico:

Corresponde al Despacho establecer si los derechos fundamentales a la salud, dignidad humana, vida y seguridad social del señor SEGUNDO CONTRERAS BUITRAGO han sido vulnerados o amenazados por parte de las entidades accionadas, a saber, NUEVA EPS, y MUNICIPIO DE JENESANO- OFICINA SISBEN, como consecuencia de una precaria atención en salud, concretamente en lo que tiene que ver con la no remisión para cirugía cardiovascular que fue ordenada por el médico tratante, y si es procedente impartir orden alguna a efectos de garantizar la atención integral en salud en relación con la patología del paciente.

2.- Marco jurídico y jurisprudencial aplicable:

2.1.- Protección constitucional de los derechos fundamentales a la salud, vida y la dignidad humana.

A partir de la expedición de la Ley estatutaria 1751 de 2015, el derecho a la salud previsto en el artículo 49 de la C.P. se erige como un derecho fundamental autónomo e irrenunciable, por ende, susceptible de protección mediante acción de tutela. Así en el artículo 2 de la norma en cita se advierte que *"Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado."*

De tiempo atrás la jurisprudencia de la Corte Constitucional había categorizado el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo y de aplicación inmediata. Al respecto en la sentencia T-760 de 2008 se establecieron las sub reglas en cuanto a su alcance, acudiendo para el efecto al concepto de *"servicios de salud que requiera con necesidad"*:

"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).

(...) Como se dijo, el derecho constitucional a la salud contempla, por lo menos, el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran (servicios indispensables para conservar la salud, en especial, aquellos que comprometan la vida digna y la integridad personal).

*(...) En la medida que la Constitución garantiza a toda persona el acceso a los servicios de salud que requiera, **toda persona también tiene derecho a acceder a los exámenes y pruebas diagnósticas necesarias para establecer, precisamente, si la persona sufre de alguna afección a su salud que le conlleve requerir un determinado servicio de salud.** Esta es, por tanto, una de las barreras más graves que pueden interponer las entidades del Sistema al acceso a los servicios que se requieren, puesto que es el primer paso para*

enfrentar una afección a la salud. Así pues, no garantizar el acceso al examen diagnóstico, es un irrespeto el derecho a la salud.

(...) Cuando el servicio incluido en el POS sí ha sido reconocido por la entidad en cuestión, pero su prestación no ha sido garantizada oportunamente, generando efectos tales en la salud, como someter a una persona a intenso dolor, también se viola el derecho a la salud y debe ser objeto de tutela por parte del juez constitucional. Cuando el acceso a un servicio de salud no es prestado oportunamente a una persona, puede conllevar además de un irrespeto a la salud por cuanto se le impide acceder en el momento que correspondía a un servicio de salud para poder recuperarse, una amenaza grave a la salud por cuanto la salud puede deteriorarse considerablemente."

En ese contexto, la Corte Constitucional¹ ha señalado que le corresponde tanto al Estado, como a los particulares comprometidos con la prestación del servicio público de salud, desplegar un conjunto de tareas, actividades o actuaciones encaminadas a garantizar el debido amparo de este derecho². Es así que el derecho fundamental a la salud, ha sido catalogado como *"...la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser..."*³.

La jurisprudencia de la precitada Corporación ha establecido que es procedente el amparo por vía de tutela de este derecho cuando se verifica alguno de los siguientes puntos: **"...(i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios..."**⁴.

En relación con los servicios de salud incluidos y no incluidos en el POS, la Corte Constitucional ha establecido un criterio simple, que sumado a los anteriores permite tener un escenario completo. Así pues, de la condición de *fundamentabilidad* del derecho a la salud, **se deriva que las personas tienen derecho a que se les preste los servicios que requieran. Conforme la regulación establecida, dichos servicios pueden hacer parte o no del POS**⁵.

¹ Ver, entre otras, sentencias T-016/07, Humberto Antonio Sierra Porto; T-173/08 M.P. : Humberto Antonio Sierra Porto; T-760/08, M.P. : Manuel José Cepeda Espinosa, T-820/08, M.P. : Jaime Araujo Rentería; T-999/08, M.P. : M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-566/10, M.P. : Luis Ernesto Vargas Silva

² Sentencia T-999/08, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³ Sentencia T-597/93, M.P. Jaime Araujo Rentería, reiterada en la sentencias T-454/08, M.P.: Jaime Córdoba Triviño T-566/10 M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴ Sentencia T-999/08, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵ Sentencia T-760 de 2008, M.P. José Manuel Cepeda Espinosa. "Al respecto dijo la Corte: en la actualidad el acceso a los servicios depende, en primer lugar, de si el servicio requerido está incluido en uno de los planes obligatorios de servicios de salud a los cuales la persona tiene derecho. Así pues, dada la regulación actual, los servicios que se requieran pueden ser de dos tipos: aquellos que están incluidos dentro del plan obligatorio de salud (POS) y aquellos que no".

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁶ las personas tienen derecho a que se les presten los servicios *–requeridos–* que hacen parte del POS y la negativa de la entidad supone una vulneración de su derecho fundamental, en otras palabras *"(...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud."*⁷

Es del caso resaltar, que el respeto al derecho fundamental a la salud no solo incluye el reconocimiento de la prestación del servicio que se requiere (POS y no POS); sino también su acceso oportuno, eficiente y de calidad. Igualmente, la Corte Constitucional ha reiterado que: *"...las personas vinculadas al Sistema General de Salud independiente del régimen al que pertenezcan, tienen el derecho a que las EPS les garantice un servicio de salud adecuado, es decir, que satisfaga las necesidades de los usuarios en las diferentes fases, desde la promoción y prevención de enfermedades, hasta el tratamiento y rehabilitación de la enfermedad y con la posterior recuperación; por lo que debe incluir todo el cuidado, suministro de medicamentos, cirugías, exámenes de diagnóstico, tratamientos de rehabilitación y todo aquello que el médico tratante considere necesario para restablecer la salud del paciente o para aminorar sus dolencias y pueda llevar una vida en condiciones dignidad"*⁸.

Síguese de ello que, la prestación del servicio en salud es **oportuna** cuando la persona lo recibe en el momento que corresponde para recuperar su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. De forma similar, es **eficiente** cuando los trámites administrativos a los que está sujeto son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no imponen al interesado una carga que no le corresponde asumir.⁹ Así mismo, el servicio se reputa **de calidad** cuando los tratamientos, medicamentos, cirugías, procedimientos y demás prestaciones en salud requeridas contribuyen, en la medida de las posibilidades, a mejorar la condición del paciente¹⁰.

2.2.- Integralidad en la prestación de servicios de salud - Tratamiento médico integral

El principio de integralidad en la prestación del servicio de salud fue consagrado en el literal d) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993, como la

⁶ Sentencia; T 838 de 2009, MP.; María Victoria Calle Correa

⁷ En la sentencia T-736 de 2004, MP Clara Inés Vargas Hernández; la Corte consideró que imponer costos económicos no previstos por la ley a una persona para acceder al servicio de salud que requiere "(...) afecta su derecho fundamental a la salud, ya que se le imponen límites no previstos en la ley, para que acceda a su tratamiento, y a la vez la entidad se libra de su obligación de brindar integralmente los tratamientos y medicamentos al paciente." En esta ocasión la Corte consideró especialmente grave la violación del derecho del accionante, por tratarse de una persona de la tercera edad. Previamente, en la sentencia T-538 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte consideró violatorio del derecho a la salud de una persona cambiar un servicio incluido dentro del Plan Obligatorio (oxígeno con pipetas) por otro, también incluido dentro del Plan (oxígeno con generador), que resulta más oneroso para el paciente.

⁸ Sentencia T-472 del 28 de julio de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo.

⁹ Sentencia T-760 de 2008, M.P: José Manuel Cepeda Espinoza.

¹⁰ Sentencia T 922/09, M.P: Jorge Iván Palacio Palacio.

"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.**" (Negrita fuera de texto)

Dicho principio también encuentra consagración expresa en la ley estatutaria que reguló el derecho fundamental a la salud – Ley 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 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.**"* (Negrita fuera de texto)

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el **principio de integralidad** impone su prestación **continua**, la cual debe ser comprensiva de **todos los servicios requeridos para recuperar la salud**. La determinación y previsión de los servicios requeridos para la plena eficacia del derecho a la salud, como reiteradamente se ha señalado, no corresponde al usuario, sino al médico tratante adscrito a la EPS, como lo señala la jurisprudencia, de la siguiente manera:

"La atención y tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo 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; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud"¹¹.

Así, la **integralidad en la prestación del servicio de salud** está encaminada a: **(i)** garantizar la continuidad en la prestación del servicio y **(ii)** evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por

¹¹ Sentencia T-1059 de 2006; M.P: Clara Inés Vargas Hernández

cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología¹².

En consecuencia, una EPS vulnera el derecho fundamental a la salud de una persona cuando presta un servicio de salud fraccionado, pues tal como lo ha decantado la jurisprudencia, **no resulta determinante si algunos de los servicios en salud son POS y otros no lo son, pues "... las entidades e instituciones de salud son solidarias entre sí, sin perjuicio de las reglas que indiquen quién debe asumir el costo y del reconocimiento de los servicios adicionales en que haya incurrido una entidad que garantizó la prestación del servicio de salud, pese a no corresponderle..."**¹³.

La Resolución 6408 de 2016, por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC), prevé entre los principios generales para la aplicación del plan de beneficios en salud con cargo a la UPC el de calidad¹⁴, que incluye accesibilidad, oportunidad, seguridad, pertinencia, integralidad como la satisfacción del usuario en la prestación de los servicios. Así mismo en las definiciones previstas en el artículo 8 numeral 36 de referencia y contra-referencia se precisa que los mismos se desarrollarán *"garantizando la calidad, accesibilidad, oportunidad, continuidad, integralidad de los servicios"*.

Adicional a lo anterior, que cuando las entidades que prestan el servicio a la salud incurren en omisiones que impiden el acceso a éste en forma eficiente, también afectan el derecho a la dignidad humana el cual se encuentra directamente relacionado con el derecho a la salud, tal como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia T-1271 del 18 de diciembre de 2008 en la que se señaló:

*"...Ha de advertirse que la protección constitucional del derecho a la salud no se circunscribe a los eventos en los que el derecho a la vida o a la integridad física se encuentren directamente comprometidos. **El concepto de vida no se restringe a la existencia biológica del ser, ya que incorpora el valor de la dignidad. Por ello, resulta inaceptable someter a una persona que ve vulnerados sus derechos, entre ellos el de la salud, a tener que tolerar graves afecciones, o a soportar dolores insufribles, al impedírsele por un tiempo prolongado e indefinido el acceso efectivo y oportuno a los medios que aseguren una mejoría en su existencia...** La materialización del derecho a la salud supone una atención integral, que se inicia con los cuidados y atenciones básicas requeridas por la persona enferma, pasando por el suministro de medicamentos, realización de intervenciones quirúrgicas, práctica de procesos de rehabilitación, toma de exámenes de diagnóstico, hasta*

¹² Sentencia T-103 de 2009, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández

¹³ Sentencia T-760 de 2008, M.P.: José Manuel Cepeda Espinoza

¹⁴ artículo 3 numeral 7, Resolución 6408 de 2016.

el seguimiento médico pertinente, y todo ello en procura del pleno restablecimiento de la salud del paciente. ..."

2.3.- De los presupuestos jurisprudenciales para acceder a los servicios y procedimientos NO POS.

Sobre el particular, la Corte Constitucional mediante sentencia T-760 de 2008, precisó las condiciones en las cuales la vulneración al derecho a acceder a un servicio fundamental para la salud es tutelable, en los siguientes términos: una persona inscrita en el régimen de salud contributivo o subsidiado tiene derecho a reclamar mediante acción de tutela la prestación de un servicio de salud cuando éste: **(i)** está contemplado por el Plan Obligatorio de Salud (POS o POS-S)¹⁵, **(ii)** fue ordenado por su médico tratante adscrito a la entidad prestadora del servicio de salud correspondiente,¹⁶ **(iii)** es necesario para conservar su salud, su vida, su dignidad, su integridad¹⁷, o algún otro derecho fundamental y **(iv)** fue solicitado previamente a la entidad encargada de prestarle el servicio de salud, la cual o se ha negado o se ha demorado injustificadamente en cumplir su deber.¹⁸ En otras palabras, toda persona tiene derecho a acceder a los servicios que requiera, contemplados dentro del plan de servicios del régimen que la protege.

Posteriormente, la Corte Constitucional¹⁹ fijó las **reglas específicas para la inaplicación de las disposiciones del POS**, a saber: "**(i)** que el tratamiento o procedimiento sea prescrito por el médico tratante adscrito a la EPS, **(ii)** que no exista medicamento, procedimiento o tratamiento análogo incluido en el POS, que pueda suplir el requerido, **(iii)** que el paciente no tenga capacidad económica para sufragar los costos del tratamiento, medicamento o procedimiento prescrito, **(iv)** la ausencia de dichos medicamentos ponga en riesgo la vida digna e integridad del paciente.

2.4.- Del costo de servicios y tecnologías sin cobertura en el POS.

Sobre el particular, la Corte Constitucional²⁰ ha precisado que: "...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,

¹⁵ Por ejemplo, en la sentencia T-757 de 1998 MP Alejandro Martínez Caballero; fundándose en conceptos médicos que indicaban que el servicio de salud solicitado (una cirugía) no era necesario para conservar la vida ni la integridad de la accionante, la Corte consideró que la decisión de la entidad accionada de no autorizar la prestación del servicio se ajustó a derecho, "(...) toda vez que a la actora no se le practicó la cirugía (...) porque no se encuentra prevista dentro del manual de actividades, intervenciones y procedimientos del plan obligatorio de salud en el sistema general de seguridad social en salud (...)".

¹⁶ El médico tratante correspondiente es la fuente de carácter técnico a la que el juez de tutela debe remitirse para poder establecer qué servicios médicos requiere una persona. Esta posición ha sido fijada, entre otros, en los fallos T-271 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-480 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-819 de 1999 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-076 de 1999 (MP Alejandro Martínez Caballero), y T-344 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

¹⁷ Desde los inicios de la jurisprudencia constitucional en la sentencia T-484 de 1992 (MP Fabio Morón Díaz), la Corte ha considerado que el derecho a la salud es tutelable cuando valores y derechos constitucionales fundamentales como la vida están en juego; posición jurisprudencial amplia y continuamente reiterada.

¹⁸ En los casos en los que una persona presente una acción de tutela contra una entidad encargada de promover el servicio de salud, ha reiterado la Corte, debe tenerse en cuenta que "(...) es un requisito de procedibilidad el requerir previamente a la EPS o ARS, la atención médica o el suministro de medicamentos o procedimientos (...)" que se necesitan. (Sentencia T-736 de 2004; MP Clara Inés Vargas Hernández).

¹⁹ Sentencia T-472 del 28 de julio de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo.

²⁰ Sentencia T-716 del 16 de septiembre de 2014. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

la jurisprudencia constitucional ha considerado que *si 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.*"

Así mismo, se observa que en la Resolución 1479 de 2015, se estableció el procedimiento para el cobro y pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el Plan Obligatorio de Salud, suministradas al régimen subsidiado, autorizados por los Comités Técnicos Científicos u ordenados mediante providencia de autoridad judicial, dirigida a la oportunidad en la atención al paciente y a que el pago se haga directamente de la Entidad Territorial (ET) al prestador de servicios de salud que brindó el servicio o la tecnología.

2.5.- De la incapacidad económica del paciente.

La Corte Constitucional ha enseñado que la capacidad económica no se agota demostrando los ingresos netos del interesado, sino que es necesario hacer un ejercicio de ponderación en el que se determine que la vida de quien solicita el tratamiento NO POS puede verse afectada al asumir la carga de lo pretendido ante la EPS.

"La sentencia T-683 de agosto 8 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, sintetizó las reglas probatorias empleadas por la Corte en relación con la demostración de la incapacidad económica del paciente y su familia, para asumir el costo de los procedimientos, intervenciones y medicinas excluidos del POS. Dicha providencia respaldó los requerimientos de que (i) es al actor al que le corresponde probar el supuesto de hecho que conduciría a la prosperidad de sus pretensiones; (ii) si él afirma que carece de recursos económicos, a la entidad demandada le corresponde demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar el nivel de recursos económicos; y, finalmente, (iv) se presume la buena fe a favor del solicitante, respecto de su afirmación indefinida sobre la ausencia de recursos económicos, sin perjuicio de la responsabilidad que le quepa si se llega a establecer que su aseveración es contraria a la realidad.

*Ahora bien, es pertinente precisar que el debate sobre la capacidad económica de quien acude a la tutela para reclamar una prestación médica NO POS no se agota demostrando sus ingresos netos. En estos casos, el juez de tutela debe hacer un ejercicio de ponderación que informe sobre la forma como el modo de vida del solicitante puede verse afectado en la medida en que asuma la carga de la prestación que pidió."*²¹

²¹ Sentencia T- 781 de 2013 M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla

2.5.-Especial protección constitucional de los adultos mayores y la protección por vía de tutela de su derecho a la salud.

La Constitución Política en su artículo 46 señaló la obligación que tiene el Estado de garantizar los servicios de seguridad social integral a los adultos mayores, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud, y de actuar en salvaguarda los derechos prestacionales que permiten el adecuado ejercicio de derechos fundamentales como la vida, la integridad personal y la dignidad humana, en vista de las especiales condiciones en que se encuentran sus titulares. La Corte Constitucional ha sostenido que:

"el derecho a la salud de los adultos mayores es un derecho fundamental autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana"²². En reciente sentencia, esta Corte señaló que "el derecho a la salud se torna fundamental de manera autónoma [cuando] se trata de un adulto mayor que goza de una protección reforzada a partir de lo señalado en la Constitución Política y en tratados internacionales"²³.

Así, ante la omisión de las autoridades públicas, la falta del servicio de salud que implique grave riesgo para la vida de personas en situación de indefensión manifiesta, como por ejemplo el padecimiento de una enfermedad catastrófica y el riesgo de afectación de la vida digna, son circunstancias que han de ser consideradas para la protección del derecho fundamental vulnerado.

4.- CASO CONCRETO:

Al descender al caso concreto, una vez revisado el expediente de la acción constitucional de la referencia, el Despacho encuentra acreditados los siguientes hechos relevantes:

- El 17 de junio de 2017 el señor SEGUNDO CONTRERAS BUITRAGO ingresó por el servicio de urgencias a la ESE Hospital San Rafael de Tunja, donde se le diagnosticó, como se corrobora con la historia clínica allegada al expediente:
 - "- INSUFICIENCIA VENTILATORIA TIPO I
 - - CARDIOPATIA ISQUEMICA Y VALVULAR CON SEVERO COMPROMISO DE LA FUNCIÓN VENTRICULAR-FEVI 33%
 - - DISFUNCION DIASTÓLICA DEL VI TIPO II
 - - INSUFICIENCIA MITRAL LEVE + INSUFICIENCIA AORTICA SEVERA + INSUFICIENCIA TRICUSPEDA SEVERA
 - - DILATACION DEL VENTRICULO DERECHO + HTP SEVERA CON PASP DE 90mmHG

²² Sentencia T-1081 de 2001 y T-004 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²³ Sentencia T-261 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

- - TROMBO POBREMENTE ORGANIZADO EN LA AURICULA DERECHA
 - - INSUFICIENCIA CARDIACA CONGESTIVA DESCOMPENSADA STEVENSON B
 - - FIBRILACION AURICULAR CON RESPUESTA VENTRICULAR LENTA
 - - HIPERTENSION ARTERIAL POR HISTORIA CLINICA
 - EPOC POR HISTORIA CLINICA²⁴." (CD Historia clínica - Archivo SEGUNDO CONTRERAS B.16-06-17. – Fl. 8.)
- El 22 de junio de 2017, se solicitó por el médico tratante Dr. Arturo Hernández de Castro, remisión del señor CONTRERAS BUITRAGO a valoración por Cirugía Cardiovascular para evaluar posible indicación quirúrgica. (fl. 8, 10, 70-71).
 - El 06 de julio de 2017 se realizó la remisión del señor SEGUNDO CONTRERAS BUITRAGO a la Clínica San Rafael de Bogotá, donde **fue atendido y valorado por el Cirujano Vascular** Dr. Jairo Enrique de la Peña López, quien reseñó en la Evolución de Historia Clínica (fl. 72-73):
"PACIENTE CON CUADRO DE DETERIORO DE LA CLASE FUNCIONAL MAS DOLOR ABDOMINAL DECIDEN CONSULTAR A RAMIRÍQUÍ DONDE REMITEN A HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA CONSIDERAN ESTUDIOS COMPLEMENTARIOS CON REPORTE DE ECO TT FEVI 33% INSUFICIENCIA AORTICA Y TRICUSPIDEA SEVERA DISFUNCION DIASTOLICA TIPO II CARDIOPATIA VALBULAR ISQUEMICA HTP SEVERA CON TROMBO ORGANIZADO EN AURICULA DERECHA ORDENA CONSULTA POR CX CARDIOVASCULAR Y TRAE EN AMBULANCIA A CONSULTA.
(...)
ANALISIS:
PACIENTE CON CARDIOPATIA VALBULAR Y AL PARECER DE ETIOLOGIA ISQUEMICA CONCOMITANTE CON FEVI SEVERAMENTE DEPRIMIDA CON DETERIORO DE LA CLASE FUNCIONAL EPOC NO TRATADO HTP SEVERA FA NO ANTICOAGULADA CON ECO TT CON TROMBO GRANDE EN AURICULA DERECHA CON POSIBILIDAD DE TEP POR CUADRO DE AGUDIZACION **QUIEN AMERITA MANEJO POR CARDIOLOGIA** COMPENSACION DE LA FALLA CARDIACA CATETERISMO CARDIACO Y ECOCARDIOGRAMA TRANSESOFAGICO PARA CONSIDERAR POSIBILIDAD DE OFERTA QUIRURGICA SIN EMBARGO DESDE AHORA SE CONSIDERA PACIENTE CON ALTO RIESGO PERIOPERATORIO DE MORTALIDAD PROBABLEMENTE EN CONSIDION NO RECUPERABLE QUIRURGICO Y SOLO MANEJO MEDICO SIN EMBARGO ESTA DECISION SE DEBE TOMAR CON EL APROXIMAMIENTO TERAPEUTICO Y DIAGNOSTICOS DE LOS ESTUDIOS CONSIDERADOS." -sic-
 - El 7 de julio de 2017 se realizaron por parte de la especialidad de medicina interna valoraciones al señor SEGUNDO CONTRERAS BUITRAGO, en las que como se evidencia en la historia clínica (fl. 75), se señaló:

²⁴ Ver

- "Paciente de 73 años con diagnósticos:

1. Falla cardiaca descompensada Stevenson B.
 - 1.1. Fa con trombo intracavitario.
 - 1.2. Antecedente de cardiopatía isquémica y valvular Fevi 32%.
 - 1.3. Insuficiencia tricuspidea y aortica severa.
2. EPOC exacerbado Anthonisen I.
3. Sx broncoobstructivo moderado.
4. HTP severa Psap 90 mmHg
6. HTA por HC.

(...)"

- "NO SE VA A OPERAR SEGÚN COMENTA CX CARDIOVASCULAR EL MANEJO ES MEDICO ENTREGO FORMULA A HIJO DE HEPAMINA PARA TRAMITAR HOY CON EPS Y DAR EGRESO EN LA TARDE SI SE GARANTIZA SU MEDICACION Y HACEN DE FORMA AMBULATORIA ECO TRANSESOFAGICO Y ANGIOGRAFIA."

- "Paciente con diagnósticos anotados con indicación de egreso, ya paciente cuenta con enoxaparina, se explicó cómo aplicar medicamento a familiar y se decide dar egreso con formula ambulatoria. Cita control. examen de laboratorio ambulatorio..."

- El 7 de julio de 2017 se dio orden de egreso del Hospital San Rafael de Tunja al señor SEGUNDO CONTRERAS BUITRAGO. (fl. 60 vto)

Encuentra el Despacho que como lo afirmó en el escrito de tutela el accionante, la circunstancia que dio origen a la vulneración de sus derechos fundamentales estriba en la omisión por parte de la NUEVA EPS en proferir una autorización para el servicio de **consulta por cirugía cardiovascular**, ordenada por el galeno tratante en la ESE Hospital San Rafael de Tunja, con ocasión a los múltiples diagnósticos que le aquejan.

No obstante, pese a que en el escrito de contestación por parte de la Nueva EPS nada se dijo frente a ese aspecto, conforme a las pruebas solicitadas por el Despacho, se encuentra acreditado y consignado en la historia clínica que el señor SEGUNDO CONTRERAS BUITRAGO fue remitido el pasado 6 de julio, desde el Hospital San Rafael de Tunja hacia la Clínica San Rafael de la ciudad de Bogotá, donde le **fue realizada la valoración por cirugía cardiovascular** prescrita por el médico tratante, retornando nuevamente a las instalaciones del Hospital de Tunja, donde se encontraba internado. De lo que se tiene como cierto entonces, que si el accionante, quien manifestó carecer de recursos económicos para sufragar los gastos de su enfermedad, asistió a la consulta médica fue porque la Nueva EPS autorizó y prestó efectivamente dicho servicio.

Pese a que se evidencia que se autorizó y prestó el servicio solicitado por el accionante, a juicio del Despacho, esa sola circunstancia no da lugar a declarar la carencia actual de objeto por hecho superado, como lo solicita la ESE Hospital San Rafael de Tunja. Pues como se expuso en líneas atrás, en razón a la connotación de fundamental y autónomo, y en aplicación del principio de integralidad que reviste el derecho a la salud, como lo advierte la abundante jurisprudencia constitucional, dicha garantía no se satisface de manera inmediata o instantánea, pues no se recupera la salud con la simple autorización de un servicio, para el caso concreto, el de consulta por cirugía vascular; pues es de sana lógica que a partir de allí se desprenda, bien un nuevo diagnóstico, o algún tratamiento médico – quirúrgico a seguir.

Si bien es cierto, y en el expediente se encuentra acreditado que el 7 de julio de los corrientes al señor CONTRERAS BUITRAGO le fue dada orden de alta en el Hospital San Rafael de Tunja, ello tampoco significa que haya logrado la recuperación y la satisfacción de su salud; pues como lo señaló el Cirujano Cardiovascular de la Clínica San Rafael de Bogotá en su valoración, el accionante ***"amerita manejo por cardiología compensación de falla cardíaca cateterismo cardíaco y ecocardiograma transesofágico para considerar posibilidad de oferta quirúrgica (...)"***; además, conforme a las valoraciones realizadas por la especialidad de medicina interna el 7 de julio de 2017 (fl. 75 vto), cuando se dio orden de egreso, el profesional tratante advirtió como diagnósticos: ***"1. Falla cardíaca descompensada Stevenson B. -1.1. Fa con trombo intracavitario.- 1.2. Antecedente de cardiopatía isquémica y valvular Fevi 32%.- 1.3. Insuficiencia tricuspídea y aortica severa. – 2. EPOC exacerbado Anthonisen I.- 3. Sx broncoobstructivo moderado. – 4. HTP severa Psap 90 mmHg, y – 6. HTA por HC."***, hizo referencia a la ***prescripción de un medicamento "Hepamina"*** y que se daría egreso siempre que se garantizara la medicación y la ***práctica ambulatoria de los procedimientos "Eco transesofágico y angiografía"***. Finalmente, se dio orden de salida y se hizo referencia a una ***"Cita control. examen de laboratorio."***

De lo expuesto, se vislumbra que aunque al accionante le fue autorizado y prestado el servicio de valoración por cirugía cardiovascular, encontrándose satisfecho el hecho que motivó la interposición de la presente acción constitucional; conforme a la historia clínica salta a la vista que ***el actor en la actualidad padece una serie de diagnósticos clínicos relacionados con el funcionamiento de su sistema cardiovascular ("1. Falla cardíaca descompensada Stevenson B. -1.1. Fa con trombo intracavitario.- 1.2. Antecedente de cardiopatía isquémica y valvular Fevi 32%.- 1.3. Insuficiencia tricuspídea y aortica severa. – 2. EPOC²⁵ exacerbado Anthonisen I.- 3. Sx broncoobstructivo moderado²⁶. – 4. HTP²⁷ severa Psap 90 mmHg, y – 6. HTA²⁸ por HC.")***, por lo que se encuentra comprometido el

²⁵ Enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica - EPOC.

²⁶ Síndrome broncoobstructivo moderado.

²⁷ Hipertensión Pulmonar.

²⁸ HTA por HC: Hipertensión Arterial

funcionamiento de órganos vitales como el corazón. Circunstancia que, a juicio de éste estrado judicial, pone en grave riesgo de afectación su derecho fundamental a la salud.

Se advierte entonces que se trata de una persona con diagnósticos complejos que requiere de **manejo por cardiología**, algunos **medicamentos** ("Hepamina") y **procedimientos** ambulatorios para la recuperación de su salud ("Eco transesofagico y Angiografía"), que deberán ser autorizados y prestados por parte de la NUEVA EPS.

Así las cosas, en aplicación del principio de **integralidad** consignado en las Leyes 1751 de 2015, según la cual "*Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad*" y 100 de 1993, definido como la "*cobertura de **todas las contingencias que afectan la salud**, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población.*", el Despacho tutelaré el derecho fundamental a la salud del accionante y ordenará que la Nueva EPS, dentro de las **cuarenta y ocho (48) horas** siguientes a la notificación de la presente providencia realice las gestiones necesarias para proporcionar todos los tratamientos, medicamentos y/o procedimientos médico quirúrgicos que requiera el señor SEGUNDO CONTRERAS BUITRAGO para la recuperación de su salud, con ocasión de los diagnósticos que motivaron la interposición de la presente acción constitucional, consignados en su historia clínica y conforme a las prescripciones dadas por los profesionales tratantes.

Lo anterior, comprende la autorización de los servicios solicitados por el accionante y que se encuentren pendientes de dicho trámite; así como los que se sigan causando hacia el futuro con ocasión a su diagnóstico.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO:- TUTELAR el derecho fundamental a la salud del señor **SEGUNDO CONTRERAS BUITRAGO**, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO:- Para la protección de los derechos fundamentales del señor SEGUNDO CONTRERAS BUITRAGO, **ORDENAR** a la **NUEVA EPS** que **dentro de las cuarenta y ocho (48) horas** siguientes a la notificación de la presente providencia, realice las gestiones necesarias para proporcionar los tratamientos, medicamentos y/o procedimientos médico quirúrgicos que requiera el señor **SEGUNDO CONTRERAS BUITRAGO** para la recuperación de su salud, con ocasión de los diagnósticos que motivaron la interposición de la presente acción constitucional, consignados en su historia clínica y conforme a las prescripciones dadas por los profesionales tratantes.

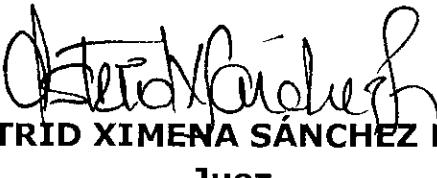
Lo anterior, comprende la autorización de los servicios solicitados por el accionante y que se encuentren pendientes de dicho trámite; así como los que se sigan causando hacia el futuro con ocasión a su diagnóstico.

TERCERO:- ORDENAR a la **NUEVA EPS** que garantice al señor **SEGUNDO CONTRERAS BUITRAGO**, **tratamiento médico integral**, conforme a los motivos expuestos en esta providencia.

CUARTO:- NOTIFICAR a los interesados en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y en caso de no ser impugnada esta decisión, remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, en los términos del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO:- NOTIFICAR personalmente, por el medio más expedito, vía fax, telefónico o cualquiera otro idóneo a través del Centro de Servicios de los Juzgados Administrativos de Tunja al actor **SEGUNDO CONTRERAS BUITRAGO**.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez