Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.
Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Asunto: Acción de tutela No. 2020 – 0282
Sentencia Primera Instancia

Fecha: 5 de noviembre de 2020

De conformidad con lo establecido en el artículo 29 del Decreto Nacional 2591 de 1991 se emite sentencia de primer grado en la actuación de la referencia.

1.- Identificación del solicitante: (Art. 29 Num. 1 D. 2591/91):

Vanessa Falla Tapias, identificada con C.C. No. 26.421.507, quien actúa en nombre propio.

2.- Identificación de quien provenga la amenaza o vulneración: (Art. 29 Num. 2 D. 2591/91):

a) La actuación es dirigida por la tutelante contra la Nueva EPS.

b) Fueron vinculados el Ministerio De Salud y de la Protección Social, Superintendencia de Salud, Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud- ADRES y Viva 1A IPS – Sede Santa María del Lago.

3.- Determinación del derecho tutelado: (Art. 29 Num. 3 D. 2591/91):

La parte accionante indica que se trata del derecho a la salud, vida e integridad personal.

4.- Síntesis de la demanda:

a) *Hechos:* Manifiesta la accionante que, es cotizante y pensionada de la entidad Nueva E.P.S. Precisa que hace 7 años le hicieron ligadura de trompas (pomeroy), no obstante, su esposo y ella quieren hoy en día tener otro hijo, por tal motivo, sacó cita con el médico general, el cual le dijo que la recanalización de trompas la E.P.S. no la cubre, por lo cual tiene que practicarla de manera particular.

Aduce que no tiene los recursos suficientes para cubrir dicho procedimiento y su hijo de 6 años desea tener otro hermano, por lo que señala la NUEVA E.P.S. le está vulnerando sus derechos. En tal sentido, señala que esta acción de tutela es con el propósito de solicitar a la NUEVA E.PS., que le haga la recanalización de trompas sin pagar ni un peso, ya que es cotizante y pensionada.

Alega que, el 13 de julio del presente año le hicieron una ecografía pélvica, la cual salió normal, no tiene miomas ni nada que le impida quedar embarazada y la citología también salió normal. Pide que se tenga en cuenta que su familia desea tener otro hijo, por lo que es de su interés realizar el procedimiento de la recanalización de trompas, pero no tienen la solvencia económica.

b) *Petición:*

Tutelar su derecho fundamental a la salud y ordenar la autorización y realización del procedimiento de recanalización de trompas en la NUEVA E.P.S., a su vez realice los trámites internos correspondientes a la entrega del medicamento de alto costo a la paciente.

5- Informes: (Art. 19 D.2591/91)

a) Viva 1A IPS S.A

Precisó que, el procedimiento solicitado "Recanalización de Trompas", no está relacionado en los términos de referencias pactados con NEPS, por lo que debe ser gestionado ante su asegurador. Así mismo, indica que Viva 1A IPS S.A., no tiene a cargo el Suministro y dispensación de Medicamentos, por ende, dicha petición debe ser gestionada a través del Operador Logístico Asignado para tal fin por parte de Nueva EPS.

A su vez, alegó inexistencia de vulneración de derecho fundamental alguno por esa IPS, falta de legitimación en la causa por pasiva y solicita se deniegue la acción de tutela por improcedente.

b) Ministerio de Salud y Protección Social.

Señaló que debe declararse la improcedencia de la acción de tutela en referencia por falta de legitimación por pasiva, toda vez que en ningún caso es responsable directo de la prestación de servicios de salud. A su vez, precisó lo referente a la garantía de la protección del derecho a la salud, después de la entrada en vigencia de la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de salud.

Frente al procedimiento solicitado por la accionante, indicó que el mismo, se encuentra incluido dentro del Plan de Beneficios en Salud – PBS, tal como lo describe el anexo 2 de la Resolución 3512 de 2019, "Por la cual se actualiza los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)". Sin embargo, tal y como lo informó la Subdirección de Beneficios del Aseguramiento mediante memorando No. 202034100253223, es importante tener en cuenta que: *"...[Es] el profesional tratante quien bajo el principio de autonomía profesional ejercida en el marco en el marco de esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad la evidencia científica, como lo establece el artículo 17 de la Ley Estatutaria en Salud 1751 de 2015, quien determina lo que requiere un paciente para su atención y en caso que el profesional de salud tratante considere bajo su principio de autonomía profesional que se requiere la realización de alguno de los procedimientos anteriormente enunciados, será el quien lo prescriba o solicite*".

De igual manera, se pronunció respecto a las obligaciones de las EPS y las solicitudes subsidiarias que se pueden reconocer dentro del tramite tutelar. Por último, solicitó exonerar al Ministerio de Salud y Protección Social, de toda responsabilidad que se le pueda llegar a endilgar dentro de la presente acción de tutela.

c) Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES

Indicó lo referente a los derechos presuntamente vulnerados, como son el derecho a la salud y a la seguridad social, la vida digna y la dignidad humana. Argumentó falta de legitimación en la causa por pasiva. Señaló a su vez, lo atinente a las funciones de las EPS, las coberturas de procedimientos y servicios, medicamentos, prestación de servicios de salud y el presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías

en salud no financiados con cargo a la unidad de pago por capitación - UPC y no excluidos de la financiación con recursos del sistema de seguridad social en salud.

Frente a la prestación de los servicios señaló que, de acuerdo con la normativa expuesta, es función de la EPS, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esta Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad.

Sin perjuicio de lo anterior, en atención al requerimiento de informe, es preciso recordar que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud de a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención de sus afiliados, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas con el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.

De igual forma, se manifestó frente a la facultad de recobro por los servicios no incluidos en el Plan Básico de Salud (PBS), informando que NO puede la EPS, dejar de garantizar la atención a la accionante, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas con el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, pues como ya se explicó el giro de los recursos se efectúa previó a la prestación del servicio.

Por lo expuesto, solicita negar el amparo solicitado por la accionante en lo que tiene que ver con la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor, y en consecuencia desvincular a esta Entidad del trámite de la presente acción constitucional.

d) Superintendencia Nacional de Salud

Alegó falta de legitimación en la causa por pasiva y solicita desvincular a esa entidad de toda responsabilidad dentro de la acción de tutela, teniendo en cuenta que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a la Superintendencia Nacional de Salud.

Las EPS como aseguradoras en salud son responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación de los servicios de salud, pues el aseguramiento en salud, exige que el asegurador (EPS), asuma el riesgo transferido por el usuario, esto es, la salud y vida del asegurado, y cumpla con cabalmente con las obligaciones frente a "…la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas." (Cfr. Art. 15 Ley 1751 de 2015), lo cual implica la asunción de obligaciones y responsabilidades contractuales.

De igual manera, precisó que en este caso se debe tener en cuenta la prevalencia del concepto del médico tratante en los conflictos entre este y la EPS accionada, por cuanto la decisión de ordenar por parte de su médico tratante obedece a la enfermedad o síntomas que padece el paciente, a la formación y conocimiento del galeno.

Señaló lo referente a la atención médica y la prohibición de imponer trabas administrativas, de la oportunidad en la atención en salud, la atención integral, de la Ley 1751 de 2015 "Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones".

e) Nueva EPS

No dio respuesta en la oportunidad legal al presente tramite tutelar.

6.- Pruebas:

Las documentales existentes en el proceso.

7.- Problema jurídico:

¿Existe vulneración a los derechos implorados por la tutelante por cuenta de la accionada?

8.- Consideraciones probatorias y jurídicas:

a.- Fundamentos de derecho: Resulta indiscutible, que la atención en salud en los términos del art. 49 de la Constitución política **tiene doble connotación**, pues por un lado está regulado como un derecho constitucional; y por otro, en un servicio público de carácter esencial, correspondiéndole por ello al estado no solo organizar, sino además reglamentar su prestación según los fines de eficiencia, universalidad y solidaridad y, en cumplimiento de los fines que le son propios.

El derecho a la salud contempla, por lo menos, el acceso a los servicios indispensables para conservar la salud, en especial aquéllos que comprometan la vida digna y la integridad personal; tal acceso depende, en principio, de si el servicio requerido está incluido en el Plan Obligatorio de Salud, al cual la persona tiene derecho o si el mismo se encuentra excluido del POS, como será explicado más adelante.

Resaltando que a través de la sentencia SU-062 de 2010, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación, reiteró que el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental, y como quiera que dentro de este derecho fundamental se encuentra el derecho a la salud, encuentra su conexidad también con otros derechos también de rango Constitucional, tales como el derecho a la vida, el derecho a una vida digna entre otros, por lo que resulta claro que la acción de tutela puede ser utilizada para proteger los mismos – Seguridad Social y derecho a la Salud – a fin de resguardarlos siempre y cuando se verifiquen, además, los requisitos de procedibilidad de este mecanismo procesal.

De igual manera, ha puntualizado la Corte Constitucional sobre el principio de integralidad, en la sentencia T – 528 de 2019:

"… Principio de integralidad.

El principio de integralidad ha sido estatuido en la Ley 1751 de 2015[57], artículo 8[58], estableciendo que los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de forma completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, independiente del origen de la misma o condición de salud, sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido.

A partir de lo anterior, se verifica la obligación que tienen las entidades prestadoras de salud de brindar todo lo que se requiera con necesidad por los pacientes, sin la posibilidad de que se

interpongan trabas de ningún tipo ante las solicitudes que con el fin de mantener un buen estado de salud se realicen.

*Se ha establecido que la integralidad tiene como finalidad garantizar la continuidad en la prestación del servicio requerido y evitar al paciente interponer una acción de tutela por cada nuevo requerimiento que sea prescrito por el médico tratante. Por ello, en desarrollo del mismo, el juez de tutela tiene la facultad de ordenar que se garantice el acceso a todos los servicios "**que el médico tratante valore como necesario[s] para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente**". Esta continuidad se materializa en que el tratamiento integral debe ser brindado "de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad"[59].*

***En este sentido, la sentencia T-760 de 2008 dispuso que la integralidad en el tratamiento médico también contempla el deber de las entidades responsables de autorizar todos los servicios de salud que el galeno tratante determine que se requieren por el paciente, "sin que le sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan"**.*

En este punto, vale la pena precisar que se ha establecido desde la sentencia T-736 de 2016 que todas las personas tienen derecho a acceder a los servicios que requieran de manera integral, particularmente si se trata de pacientes con enfermedades crónicas o catastróficas o si está comprometida la vida o la integridad personal, razón por la que los actores del sistema tienen la obligación de garantizar los servicios de salud requeridos por los usuarios del mismo.

5.2 Procedencia excepcional de los servicios de salud cuando no existe orden médica.

***Como regla general se ha señalado por la jurisprudencia de esta Corporación que las entidades de salud están obligadas a suministrar únicamente lo que haya sido prescrito por el médico tratante[60]. Sin embargo, se ha establecido que en procura de la protección del derecho fundamental a la vida digna, es viable emitir órdenes que no han sido autorizadas por los galenos adscritos a las EPS, cuando se considere que los padecimientos que sufre una persona son hechos notorios que hacen indigna su vida y, por ende, no le permiten disfrutar de la calidad que merece[61]**.*

*Es por lo anterior que se ha señalado que existen situaciones en las que el juez de tutela debe abstenerse de exigir la misma, cuando sea evidente la necesidad de brindar el servicio deprecado, ya que de no hacerlo las consecuencias negativas para el accionante serían apenas obvias[62]. **Tal es el caso que sin existir prescripción del médico tratante se pueda inferir de alguno de los documentos aportados al expediente, -sea la historia clínica o algún concepto del galeno-, la obligación de que se conceda lo requerido con necesidad, momento en el que deberá el juez de tutela emitir la orden en tal sentido[63]**.*

Se han presentado situaciones en las que la Corte ha ordenado la entrega del producto incluso sin orden médica, al considerar evidente que las personas los requerían[64]. Esta posición de la Corte ha sido reiterada en casos de personas que padecen isquemias cerebrales[65]; malformaciones en el aparato urinario; incontinencia como secuela de cirugías o derrame cerebral[66]; parálisis cerebral y epilepsia[67], párkinson[68], entre otras[69].

En ese orden de ideas, se tiene que la exigencia de la prescripción del galeno tratante para ordenar insumos o tecnologías admite una excepción que se concreta en la priorización del goce efectivo del derecho a la salud frente al cumplimiento de trámites administrativos, para así evitar la transgresión de los derechos fundamentales de los usuarios del sistema. Situación que debe ser analizada en el caso concreto por el juez constitucional.

5.3. Deber del médico tratante de prescribir los servicios requeridos no excluidos del PBS.

Resulta válido establecer que es el médico tratante la persona científicamente calificada, además de ser quien conoce de forma personal los problemas de salud que aquejan a la paciente y es quien actúa en nombre de la EPS para emitir órdenes en su favor.

Por lo tanto, en garantía de los derechos esenciales de los ciudadanos, se deja en manos de los galenos tratantes la posibilidad de que emitan las prescripciones de los insumos y tecnologías que por el bien de la salud del accionante se le deben ordenar, asegurando así la protección de sus derechos fundamentales.

Es por ello que de las evidencias que reposan en la historia clínica, los conocimientos que tiene el profesional de la salud y las enfermedades que aquejan al usuario, se deben prescribir los insumos y/o tecnologías necesarias para restablecer la salud del mismo y garantizar el bienestar del paciente[70].

Así mismo, debe decirse que no se justifica dentro de un estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana[71], el cual busca garantizar derechos esenciales de los ciudadanos, que habiendo el médico tratante evidenciado la necesidad de ordenar a su paciente el suministro de insumos y/o tecnologías no excluidos del PBS, no lo haga a pesar de los deberes que le corresponden en la protección del preciado derecho a la vida digna.

5.4. La capacidad económica del paciente.

Sobre la capacidad económica del paciente que acude a la acción de amparo con el fin de acceder a los servicios de salud requeridos se ha proferido amplia jurisprudencia[72] sobre la información que en las EPS reposa y permite determinar la condición financiera de cada uno de los afiliados y si el mismo puede cubrir el costo de lo requerido, información que debe ser brindada al juez de tutela.

Así mismo, se ha establecido que la carga de la prueba se invierte cuando se trata de demostrar la situación financiera del accionante o el agenciado, es decir, deberá la entidad accionada probar que lo que establece el mismo no es cierto y que cuenta con la suficiente capacidad para sufragar lo requerido; ello dada la ausencia de tarifa legal para demostrar la falta de recursos económicos[73].

Dicho lo anterior, es la entidad accionada, en este caso la EPS, la responsable de controvertir con elementos de prueba la capacidad económica del accionante, demostrando la capacidad que este tiene de adquirir por cuenta propia lo que a través de acción de tutela pretende obtener…"

b.- **Caso en concreto:** Depreca la accionante la protección de sus derechos a la salud, vida e integridad personal, a efectos se ordene a la Nueva EPS realizar el procedimiento de recanalización de trompas, en tanto hace siete años se realizó la ligadura de estas.

Sobre dicho particular ha de indicarse que de los anexos del escrito de tutela no se advierte orden medica del procedimiento que se solicita. En tal sentido, como fuere precisado en la citada sentencia T -528 de 2019, es obligación de las EPS la prestación de los servicios de salud **que el medico tratante valore como necesarios para el pleno restablecimiento de salud del paciente**, por lo cual deben autorizarse todos los servicios de salud que el galeno tratante determine que se requieren por el paciente y a esto se circunscribe en un principio la facultad de ordenación del juez de tutela para la garantía de acceso a esas prestaciones.

Ahora bien, si bien existe la procedencia excepcional de orden de servicios médicos cuando no existe prescripción médica para estos, ella solo procede cuando se considere que los padecimientos que sufre una persona son hechos notorios que hacen indigna su vida. Esto, además, cuando se hace evidente la necesidad de brindar el servicio deprecado, ya que de no hacerlo las consecuencias para la accionante serian obvias[1].

Así las cosas, es de resaltar que no colige este Despacho judicial que, sea evidente la necesidad de brindar la orden del procedimiento medico solicitado. Lo anterior, en tanto, si bien es cierto es el deseo de la tutelante tener un hijo, así como el de su familia, lo mismo no conlleva una necesidad para el mejoramiento de su estado de salud. Es decir que, conforme la misma lo afirma, su salud está bien, solo pretende concebir luego de haber tomado la decisión hace siete años de operarse para no tener más hijos.

De igual manera, debe precisarse que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre los tratamientos para la fertilidad, en el caso en particular de la fecundación in vitro respecto a lo cual señaló:

> *"…A manera de conclusión, la Sala observa, que, de manera mayoritaria, las Salas de Revisión de esta Corporación han negado el procedimiento de fertilización in vitro, al considerar dentro de otras razones que* ***(i) estos procedimientos tienen como fin único la procreación y no el restablecimiento de la salud de la paciente****;[31]* ***(ii) la concepción constitucional del derecho a la maternidad no genera prima facie una obligación estatal en materia de maternidad asistida, pues en la Constitución dicha garantía implica un deber de abstención del Estado de intervenir en las decisiones relativas a la procreación y unas obligaciones positivas, como la protección de la mujer embarazada o la estabilidad laboral reforzada, empero, no incluyen el deber de suministrar tratamientos que permitan la procreación;****[32]* ***(iii) quienes son diagnosticados con infertilidad tienen la opción de contemplar la posibilidad de adoptar si así lo desean, con el fin de satisfacer su deseo de conformar una familia;****[33]* ***(iv) los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son escasos y deben ser priorizados****. Por ello, se deben destinar dichos fondos a la atención de patologías y enfermedades que generen una grave afectación a la vida, antes de garantizar el derecho a la procreación[34]. Salvo en aquellos casos en los que se configuró alguna de las excepciones de grave afectación, cuyo amparo de derechos fundamentales fue concedido, esto es, cuando* ***(i)*** *se busca garantizar el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud,* ***(ii)*** *se requiere diagnóstico médico, para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad,* ***(iii)*** *la infertilidad es producto de otras patologías que ponen en riesgo la vida del paciente,* ***(iv)*** *la imposibilidad de acceder al tratamiento de fertilidad resulta en una vulneración de otros derechos fundamentales, como los de igualdad, no discriminación, derecho a conformar una familia…"*[2]

[1] T – 528 de 2019.
[2] T – 377 de 2018.

Corolario nótese que el procedimiento peticionado solo tiene como finalidad la procreación de la accionante y no el restablecimiento de su salud, por cuanto esta última no está en riesgo. De igual manera, no hay orden medica que disponga la necesidad de dicho tratamiento. Siendo pertinente resaltar finalmente que, la causa por la cual se requiere la operación que hoy pretende la accionante, fue la decisión libre y espontanea de someterse a la ligadura de trompas para no tener más hijos en su debida oportunidad. Sin que, de tal forma, se puedan destinar los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud a prestaciones medicas que no son necesarias para el paciente y solo obedecen al cambio de sentir de los afiliados. Por las anteriores razones, se procederá a negar amparo deprecado por la accionante.

En consecuencia, el Juzgado Diecisiete (17) Civil del Circuito de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR el amparo de tutela presentado por **VANESSA FALLA TAPIAS,** identificada con C.C. No. 26.421.507, quien actúa en nombre propio, contra la **NUEVA EPS,** conforme la parte considerativa del presente fallo.

SEGUNDO: NOTIFICAR lo aquí resuelto a las partes por el medio más expedito y eficaz de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMITIR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para eventual revisión, en el evento que no se impugne la presente decisión.

NOTIFÍQUESE,

CESAR AUGUSTO BRAUSÍN ARÉVALO
JUEZ.

PZT