



Consejo Superior de la Judicatura
Juzgados de Bucaramanga Pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio
Juzgado Trece Penal Municipal con función de control de Garantías

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO TRECE PENAL MUNICIPAL CON
FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS
BUCARAMANGA - SANTANDER

Bucaramanga, Julio Diecinueve (19) de Dos Mil Veintidós (2022).

Sentencia : 058
Radicado : 2022-00058
Accionante : Laura Catherine Ariza Gerena
Agenciada : Rita Delia Ardila de Ariza
Accionado : Nueva EPS y Otros

I. ASUNTO A RESOLVER:

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela instaurada por Laura Catherine Ariza Gerena, quien actúa como agente oficiosa de la señora Rita Delia Ardila de Ariza, en contra de la Nueva EPS y la Fundación Oftalmológica de Santander -FOSCAL, al considerar vulnerados los derechos fundamentales a la salud y vida digna, trámite dentro del cual se vinculó de manera oficiosa a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES.

II. QUIÉN ES Y QUÉ INVOCA LA ACCIONANTE:

II.1. *La señora Laura Catherine Ariza Gerena, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.101.177.390 expedida en Puente Nacional, actuando como agente oficiosa de la señora Rita Delia Ariza de Ardila, identificada con cédula de ciudadanía No. 28.188.808, con dirección para efectos de notificaciones judiciales en la carrera 9B No. 59-39 de Tunja, correo electrónico grupoprofesionalbp@gmail.com, celular 3045961995, interpone vía web acción de tutela y reclama la protección de los derechos fundamentales a la salud y vida digna, que a su criterio están siendo vulnerados por la Nueva EPS y la Fundación Oftalmológica de Santander -FOSCAL, trámite dentro del cual se vinculó de manera oficiosa a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES.*

II.2. *Indica la accionante, que su agenciada cuenta con 85 años de edad, está domiciliada en la ciudad de Bucaramanga y es usuaria de la Nueva EPS régimen contributivo.*

II.3. *Sostiene, que la señora Rita Delia fue diagnosticada con cáncer y debido a su gravedad no es candidata a quimioterapias u otro procedimiento similar, por lo que para atender sus padecimientos requiere cuidados paliativos y por clínica del dolor, según concepto rendido por su médico tratante y la baja expectativa de vida por él estimada.*



Consejo Superior de la Judicatura
Juzgados de Bucaramanga Pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio
Juzgado Trece Penal Municipal con función de control de Garantías

II.4. *Relata, que la consulta de primera vez por especialista en dolor y cuidados paliativos que requiere su agenciada, fue asignada para el 24 de noviembre de 2022, situación que desconoce su grave estado de salud, pues para esa data puede que no se encuentre con vida.*

II.5. *Pretende que a través de este mecanismo constitucional se tutelen los derechos fundamentales invocados y en consecuencia, se ordene a la Nueva EPS y la Fundación Oftalmológica de Santander -FOSCAL, practicar en un término no mayor a 48 horas, la consulta de primera por especialista en dolor y cuidados paliativos ordenada por el galeno tratante.*

III. ACTUACIÓN PROCESAL:

III.1. Trámite del Despacho:

III.1.1. *Avocado el conocimiento del trámite tutelar¹ se dispuso vincular a la Nueva EPS, la Fundación Oftalmológica de Santander -FOSCAL y de manera oficiosa a ADRES, librando los oficios respectivos a fin de que ejercieran el derecho de defensa y contradicción², a su vez se informó sobre el inicio del trámite constitucional a la Defensoría del Pueblo. Igualmente, se ordenó requerir a la accionante para que de manera inmediata, allegara las pruebas y/o anexos referenciados en el libelo tutelar, pero que no se incorporaron en su oportunidad.*

III.1.2. *Dando alcance a lo anterior, el 7 de julio hogaño³ la accionante aportó la siguiente documentación en medio magnético: (i) orden de remisión a especialistas y otros profesionales; (ii) historia clínica de ingreso; (iii) cédulas de ciudadanía, ordenándose mediante auto del 8 de julio siguiente⁴, correr traslado de los mismos a las entidades accionadas y vinculadas al presente trámite, lo cual se surtió ese mismo día⁵.*

III.2. Respuesta de la Nueva EPS:

II.2.1. *El abogado Marco Antonio Calderón Rojas, actuando como apoderado judicial de la Nueva EPS S.A., según poder otorgado por la Doctora Adriana Jiménez Báez, Secretaria General, Jurídica y Representante Legal Suplente⁶, refirió que verificado el sistema integral de la entidad se evidenció que la señora Rita Delia Ardila de Ariza se encuentra activa para recibir la asegurabilidad y pertinencia en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo categoría A. De igual forma señaló que:*

III.2.2. *La entidad garantiza la atención a sus afiliados a través de los médicos y especialistas adscritos a la red para cada especialidad y acorde con las necesidades de los mismos, teniendo en cuenta el modelo de atención y lo dispuesto en la normatividad vigente, buscando siempre agilizar la asignación de citas y atenciones,*

¹ Documento 06 del expediente electrónico.

² Documento 07 del expediente electrónico.

³ Documentos 08 y 09 del expediente electrónico.

⁴ Documento 15 del expediente electrónico.

⁵ Documento 16 del expediente electrónico.

⁶ Documento 12 del expediente electrónico.



Consejo Superior de la Judicatura
Juzgados de Bucaramanga Pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio
Juzgado Trece Penal Municipal con función de control de Garantías

direccionándolos a la red de prestadores con las cuales se cuenta con oportunidad, eficiencia y calidad.

III.2.3. *Actualmente el área de salud está realizando la gestión referente al petitum de la accionante, en cuanto a los servicios de salud que están contemplados en el Plan de Beneficios en Salud -Resolución 2292 de 2021.*

III.2.4. *La prescripción médica y órdenes bajo turnos de espera tienen un término de vigencia que atiende los criterios de oportunidad, seguridad y calidad, tal como lo señaló el Ministerio de Salud en concepto 201842301119952 del 30 de julio de 2018, en el que indicó que la normativa que regula el Sistema General de Seguridad Social en Salud no ha establecido de forma expresa cuánto tiempo de vigencia tiene un paciente o su familiar para reclamar un medicamento, pero lo que se ha previsto es que la entrega del mismo debe hacerse de manera completa, oportuna e inmediata, contemplándose además, que las fórmulas de los medicamentos tendrán una vigencia no inferior a un mes desde su fecha de expedición, tal como lo prevé el numeral 1 del artículo 10 de la Resolución 4331 de 2012.*

III.2.5. *En el asunto bajo estudio, tras evidenciarse la autorización de la consulta direccionada a la IPS FOSCAL, dicha carga le corresponde exclusivamente a ésta, por lo que se procedió a verificar lo pertinente desde el área encargada, con la finalidad de que a la mayor brevedad se allegue el soporte vigente del procedimiento de la usuaria, de acuerdo a la prescripción médica.*

III.2.6. *La consulta de primera vez por especialista en dolor y cuidados paliativos es un servicio capitado, por lo que el área encargada requirió los soportes de agendamiento y prestación del servicio a la usuaria.*

III.2.7. *Los insumos NO PBS deben ser solicitados a través del registro en el aplicativo MIPRES dispuesto por el Ministerio de Salud y Protección Social. Este registro reemplaza la fórmula médica y permite que la EPS realice el proceso de autorización y entrega de lo ordenado por el médico tratante.*

III.2.8. *No es de recibo que los recursos del sistema sean invertidos en la financiación de prestaciones que no son propias de la salud, pues dichos servicios deben ser sufragados directamente por los afiliados o sus familias, en observancia del principio de solidaridad o en su defecto, se hace necesario que el mismo Estado defina cuál será su fuente de financiación, sin que la misma se confunda con unos recursos cuya destinación está predefinida y con servicios específicos a cubrir dentro del entorno de la salud.*

III.2.9. *Los servicios que son ordenados a la usuaria por parte de los médicos de la red de la Nueva EPS son y serán cubiertos con base en la normatividad vigente, incluyendo el acceso al Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC de que habla la Resolución 2292 de 2021, de acuerdo con lo establecido acerca de los procedimientos y requisitos para ello.*

III.2.10. *El Juez de tutela no está facultado para ordenar prestaciones o servicios de salud sin que medie orden del médico tratante en dicho sentido, toda vez que no es constitucionalmente admisible que, en su labor de salvaguardar los derechos*



Consejo Superior de la Judicatura
Juzgados de Bucaramanga Pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio
Juzgado Trece Penal Municipal con función de control de Garantías

fundamentales de las personas, sustituya los conocimientos y criterios de los profesionales de la medicina y, por contera, ponga en riesgo la salud de quien invoca el amparo constitucional.

III.2.11. *Solicita declarar improcedente el amparo deprecado, toda vez que la informalidad de la tutela no justifica que los ciudadanos recurran a ella con el único propósito de conjurar una situación que consideran, a través de conjeturas, podría ocasionar un perjuicio, y respecto del tratamiento integral, no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir, órdenes futuras que carecen de soporte fáctico, pues determinarlo de esta manera sería presumir la mala actuación de la EPS por adelantado. De manera subsidiaria, solicita ordenar a ADRES reembolsar todos aquellos gastos en que incurra la Nueva EPS en cumplimiento del fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de insumos.*

III.3. Respuesta de la Fundación Oftalmológica de Santander -FOSCAL:

III.3.1. *La abogada Daisy Alejandra Méndez Clavijo, adscrita al Departamento Jurídico de la FOSCAL⁷, precisó que la entidad es una IPS que presta sus servicios a usuarios de diferentes entidades a través de un contrato suscrito acorde con el Plan de Beneficios en Salud previsto legalmente, y según el contenido de la Ley 100 de 1993 y 1122 de 2007 no puede autorizar servicios, puesto que es una función exclusiva de la entidad promotora de salud. Añadió que:*

III.3.2. *Se requiere que la accionante allegue la orden médica y la autorización del servicio vigente para remitir el caso al área correspondiente y realizar la revisión del código CUPS de la consulta de primera vez por especialista en dolor y cuidados paliativos y así determinar si es posible agendar por medio de los servicios capitados que se encuentran contratados con la Nueva EPS, o en caso contrario, la asignación se deberá realizar bajo la modalidad de evento.*

III.3.3. *Debido a la alta demanda de servicios en salud y considerando que existen más usuarios, los cuales gozan de iguales derechos y beneficios que la accionante, es posible que no se logre reagendar para una fecha más próxima, a menos que uno de los usuarios agendados llegare a cancelar una cita.*

III.3.4. *En el evento en el que se considere que de acuerdo al concepto médico de la paciente y su estado de salud, se requiere la realización inmediata de la consulta, la Nueva EPS deberá buscar una IPS dentro de su red de prestadores de servicios en salud que pueda garantizarla a la mayor brevedad.*

III.3.5. *Solicita su desvinculación del presente trámite, toda vez que en ningún momento ha vulnerado los derechos fundamentales constitucionales de la agenciada, aunado a ello, refiere no adeudar prestación alguna en salud a favor de aquella.*

⁷ Documento 14 del expediente electrónico.



Consejo Superior de la Judicatura
Juzgados de Bucaramanga Pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio
Juzgado Trece Penal Municipal con función de control de Garantías

III.4. Respuesta de ADRES:

III.4.1. El señor Julio Eduardo Rodríguez Alvarado, Jefe de la Oficina Jurídica de la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES⁸, acotó, que es función de la EPS la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se producirá por una omisión no atribuible a ADRES, situación que conlleva una falta de legitimación en la causa por pasiva. Asimismo, indicó que:

III.4.2. Las EPS deben garantizar la prestación oportuna del servicio a sus afiliados, por lo cual, bajo ningún caso pueden dejar de garantizar la atención a los mismos, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o salud, con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.

III.4.3. El artículo 5 de la Resolución 205 de 2020 estableció los presupuestos máximos de recobro para garantizar todo medicamento, insumo o procedimiento que no estuviera financiado por la UPC. Así las cosas, no le es dable actualmente a las EPS invocar como causal de no prestación el hecho de que lo solicitado por la accionante no se encuentra en el POS, en tanto ADRES ya realizó el giro de los recursos con los cuales deberán asumir dichos conceptos.

III.4.4. Solicita denegar el amparo solicitado por la accionante en lo que tiene que ver con 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 de su agenciada. Igualmente, solicita negar cualquier solicitud de recobro por parte de la EPS, en tanto los cambios normativos y reglamentarios demuestran que los servicios, medicamentos o insumos en salud necesarios se encuentran garantizados plenamente, ya sea a través de la UPC o de los presupuestos máximos, además que los recursos son actualmente girados antes de cualquier prestación. Finalmente, peticiona modular las decisiones que se profieran en caso de acceder al amparo solicitado, en el sentido de no comprometer la estabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud con las cargas que se impongan a las entidades a las que se compruebe la vulneración de los derechos fundamentales invocados, por cuanto existen servicios y tecnologías que escapan al ámbito de la salud y no deben ser sufragadas con los recursos destinados a la prestación del mencionado servicio público.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

IV.1. Problema Jurídico a Resolver:

Consiste en determinar si en el sub judice, la Nueva EPS, la Fundación Oftalmológica de Santander -FOSCAL y ADRES, vulneran los derechos fundamentales a la salud y vida digna de la señora Rita Delia Ardila de Ariza, reclamados por su agente oficiosa Laura Catherine Ariza Gerena, al no garantizar la realización inmediata de la consulta de primera vez por especialista en dolor y cuidados paliativos, ordenada de manera prioritaria por el Doctor Oscar Leonardo Morantes Hernández, Especialista en

⁸ Documento 17 del expediente electrónico.



Consejo Superior de la Judicatura
Juzgados de Bucaramanga Pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio
Juzgado Trece Penal Municipal con función de control de Garantías

Oncología Clínica, el 5 de julio de 2022, en virtud del diagnóstico C787 -Tumor Maligno Secundario del Hígado- que padece.

IV.2. Tesis del Despacho:

Esta instancia considera que la Nueva EPS vulnera los derechos fundamentales a la salud y vida digna de la señora Rita Delia Ardila de Ariza, al no garantizar la materialización oportuna del servicio médico que demanda.

IV.3. Argumentación Jurídica:

La acción de tutela fue consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional, como uno de los medios de protección y aplicación de los derechos fundamentales, que confiere a su titular la facultad de recurrir a las autoridades judiciales, con el fin que éstas tomen las medidas necesarias para la protección de un derecho considerado constitucionalmente como fundamental.

El artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, por medio del cual se reglamentó el artículo 86 de la Constitución Política, establece que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar mediante un procedimiento breve y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala dicho decreto.

La procedencia del amparo constitucional debe ser valorada por el Juez y está determinada por: (i) la legitimación en la causa; (ii) la subsidiariedad, esto es, que solo opera ante: (a) la inexistencia de otro medio de defensa judicial; (b) cuando a pesar de existir otro mecanismo judicial este no resulta idóneo ni eficaz para otorgar el amparo solicitado; (c) la ocurrencia de un perjuicio irremediable; y (iii) la inmediatez, que se traduce en que el lapso de tiempo transcurrido entre los hechos que dan origen a la tutela y la interposición de la misma resulte razonable⁹.

IV.3.1. Derecho Fundamental a la Salud:

La atención de la salud constituye una obligación de carácter social a cargo del Estado, cuya realización le impone a éste la tarea concreta de organizar, dirigir y reglamentar, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, todo un sistema prestacional en materia de salud con la participación de entidades públicas y privadas, bajo la vigilancia y control de aquél, a través del cual se busca garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud y de saneamiento ambiental (Arts. 49, 365 y 366 C.P.).

La salud es una condición inherente al ser humano, luego resulta un derecho autónomo y necesario para la subsistencia del ser y, por ende, de carácter fundamental para el mismo. La Honorable Corte Constitucional ha predicado que la universalidad y el valor innato de la salud para el desarrollo del ser humano, caracteriza la autonomía e independencia de este derecho que, para la procedencia

⁹ Sentencia T-546 de 2016.



Consejo Superior de la Judicatura
Juzgados de Bucaramanga Pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio
Juzgado Trece Penal Municipal con función de control de Garantías

de su amparo vía tutela, excluye la condición de estar conexo con un derecho catalogado tradicionalmente como fundamental¹⁰.

Igualmente, la Alta Corporación ha puntualizado que: "la naturaleza fundamental del derecho a la salud permite que ante la presencia de alguna vulneración sea procedente su amparo inmediato, pues al desmedrarse la calidad de vida del individuo se ha de propender por su restablecimiento, para de este modo conseguir su bienestar, fin esencial de la estructura Estatal y adicionalmente, en razón a que con esa actuación se le otorga al individuo la posibilidad de mantener o adquirir una vida en condiciones de dignidad. Concluyendo de esta forma que, ante la transgresión del derecho a la salud, es procedente su amparo, pues al ser un derecho fundamental autónomo y por conexidad, su vulneración aminora el derecho a la vida misma, lo que impone al juez la carga de propender por su salvaguarda a fin de cumplir los fines esenciales del Estado, como lo son el de satisfacer los derechos, y el de propender por el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población en general¹¹".

IV.3.2. Accesibilidad a servicios médicos requeridos con necesidad y oportunidad en la prestación del servicio:

En relación con los servicios de salud, desde vieja data la Honorable Corte Constitucional¹² ha decantado que cuando una persona acude a su EPS para que ésta le suministre un servicio que requiere o demanda con necesidad, el fundamento sobre el cual descansa el criterio de necesidad es que exista orden médica autorizando el servicio.

De esta manera, el profesional idóneo para determinar las condiciones de salud de una persona y el tratamiento que debe seguir es el médico tratante y su decisión es el criterio esencial para establecer cuáles son los servicios de salud a que tienen derecho los usuarios del Sistema, los cuales a su vez, se fundamentan en la relación que existe entre la información científica con que cuenta el profesional, el conocimiento certero de la historia clínica del paciente y en la mejor evidencia con que se cuente en ese momento. Por lo tanto, la remisión del médico tratante es la forma instituida en nuestro sistema de salud para garantizar que los usuarios reciban atención profesional especializada, y que los servicios de salud que solicitan sean adecuados y no exista riesgo para la salud, integridad o vida de los usuarios.

*En adición a lo anterior, uno de los elementos esenciales del derecho fundamental a la salud es el de **oportunidad** previsto en el literal E del artículo 6 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015¹³, que pregona que la prestación de los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones. Por ello y para efectos del análisis del caso en concreto, debido a que el cáncer es una enfermedad que por su gravedad y complejidad requiere un tratamiento continuo que no puede sujetarse a dilaciones injustificadas ni prestarse de forma incompleta, la Alta Corporación ha sido clara en afirmar que la integralidad y la oportunidad en la prestación del servicio de salud en estos casos cobra mayor relevancia y debe cumplirse de forma reforzada¹⁴.*

¹⁰ Sentencia T-820 del 21 de agosto de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería.

¹¹ Sentencia T-820 del 21 de agosto de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería.

¹² Ver al respecto Sentencias T-692/12, T-023/13, T-384 de 2013 T-554/13, T-610/13, T-683/13, T-882/13, T-944/13, T-025/14, T-716/14, T-920/14, T-231/15, T-239/15, T-662/15, T-200/16, T-061/19, T-435/19, SU.508/20, entre otras.

¹³ Por Medio De La Cual Se Regula El Derecho Fundamental A La Salud Y Se Dictan Otras Disposiciones.

¹⁴ Sentencia T-387 de 2018.



Consejo Superior de la Judicatura
Juzgados de Bucaramanga Pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio
Juzgado Trece Penal Municipal con función de control de Garantías

En este sentido, ha sostenido en varias oportunidades¹⁵ que la demora injustificada en el suministro de medicamentos o insumos médicos a personas con sospecha o diagnóstico de cáncer, o en la programación de un procedimiento quirúrgico o tratamiento de rehabilitación, puede implicar la distorsión del objetivo del tratamiento o cirugía ordenada inicialmente, prolongar el sufrimiento, deteriorar y agravar la salud del paciente e incluso, generar en éste nuevas patologías y configurar, en consecuencia, una grave vulneración del derecho a la salud, integridad personal y a la vida digna de un paciente.

De la misma forma en que lo ha hecho la jurisprudencia constitucional, la normativa en materia de salud ha regulado la atención integral oportuna de los pacientes con cáncer en Colombia, tanto de adultos como pediátricos, mediante las Leyes 1384¹⁶ y 1388 de 2010¹⁷. Dichos cuerpos normativos prevén que para la atención integral del cáncer en Colombia se debe tener en cuenta el cuidado paliativo, el cual consiste en la atención brindada para mejorar la calidad de vida de los pacientes que tienen una enfermedad grave o que puede ser mortal e igualmente señalan que la meta del cuidado paliativo o cuidado de alivio es prevenir o tratar lo antes posible los síntomas de la enfermedad, los efectos secundarios del tratamiento de la enfermedad y los problemas psicológicos, sociales y espirituales relacionados con la enfermedad o su tratamiento.

Aunado a lo anterior, a partir de estas normas y con el objetivo de vigilar que la prestación de los servicios de salud se efectúe en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y estándares de calidad, en las fases de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, la Superintendencia Nacional de Salud emitió la Circular 04 de 2014, por la cual estableció que debe ofrecerse atención integral y continuidad en el tratamiento, e impartió instrucciones precisas que debían ser cumplidas por las entidades vigiladas, como lo son los prestadores de servicios de salud, las entidades administradoras de planes y las entidades territoriales.

*De manera específica, la Superintendencia Nacional de Salud dispuso que estas entidades tienen la obligación de proporcionar a las personas con sospecha o diagnóstico de cáncer la atención oportuna sin que se presenten retrasos que pongan en riesgo su vida o su salud y **no se puede negar o dilatar la atención o asistencia médica requerida**, y el registro de citas de consulta médica especializada debe ser gestionado y optimizado por las entidades competentes. Además, aclaró que las entidades vigiladas deben saber que en ningún momento pueden desconocer alguna otra orden, recomendación o parámetro que realizare cualquier otra autoridad o Juez de la República.*

Como refuerzo de la anterior normativa, el Gobierno Nacional también reguló, mediante la Ley Anti trámites¹⁸, la oportunidad y entrega completa de los medicamentos que requieren los pacientes para obtener el tratamiento oncológico integral.

¹⁵ Sentencias T-030 de 1994, T-059 de 1997, T-088 de 1998 y T-428 de 1998.

¹⁶ Ley Sandra Ceballos, por la cual se establecen las acciones para la atención integral del cáncer en Colombia.

¹⁷ Por el derecho a la vida de los niños con cáncer en Colombia.

¹⁸ Decreto Ley 019 de 2012.



Consejo Superior de la Judicatura
Juzgados de Bucaramanga Pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio
Juzgado Trece Penal Municipal con función de control de Garantías

*Bajo tales derroteros normativos y jurisprudenciales puede concluirse lo siguiente: (i) la prestación de los servicios de salud no debe ser interrumpida o dilatada por causa de la negligencia o demoras en los trámites administrativos que están a cargo de la EPS. En tales casos, la conducta de las Entidades Promotoras de Salud implica una vulneración de los derechos fundamentales de los afiliados; (ii) **la falta de oportunidad en la prestación de servicios de salud, respecto a las condiciones particulares de un caso concreto, constituye una vulneración del derecho a la salud, más aún, cuando la ausencia del servicio genera dolores intensos o profundiza el deterioro del estado de la persona o el paciente frente al cual se reclama el servicio tiene sospecha o diagnóstico de cáncer;** (iii) el plazo razonable de la prestación de un servicio obedece estrictamente a las necesidades naturales de la patología y la condición del paciente.*

IV.4. El Caso Concreto:

En el sub examine, la señora Laura Catherine Ariza Gerena, actuando como agente oficiosa de su abuela Rita Delia Ardila de Ariza, acude al mecanismo tutelar como quiera que a su juicio, la Nueva EPS y la Fundación Oftalmológica de Santander -FOSCAL, se encuentran vulnerando sus derechos fundamentales a la salud y vida digna, al no garantizar la realización inmediata de la consulta de primera vez por especialista en dolor y cuidados paliativos, ordenada de manera prioritaria por el Doctor Oscar Leonardo Morantes Hernández, Especialista en Oncología Clínica, el 5 de julio de 2022, en virtud del diagnóstico C787 -Tumor Maligno Secundario del Hígado- que padece. Al trámite constitucional se vinculó de manera oficiosa a ADRES.

Frente a los requisitos para la procedencia de la acción constitucional se observa, que la accionante está legitimada en la causa como agente oficiosa de la señora Rita Delia Ardila de Ariza, de un lado, por cuanto manifestó actuar bajo tal calidad en el escrito tutelar¹⁹, y de otro, toda vez que ésta cuenta con 85 años y según historia clínica del 5 de julio de 2022²⁰ padece Tumor Maligno Secundario del Hígado -C787 y se trata de una paciente que desde el punto de vista de Oncología Clínica presenta una enfermedad avanzada y estado funcional limitado, por lo que no se beneficia de manejo sistémico, ya que los riesgos de complicaciones de este tipo de tratamientos son mayores que sus beneficios, lo cual permite inferir que no se encuentra en condiciones de propender de manera autónoma por la protección de sus derechos fundamentales.

En torno al requisito de inmediatez, la actora soporta sus pretensiones en la orden médica expedida el 5 de julio de 2022 para la práctica de la consulta reclamada²¹, por lo que a la fecha de interposición de la demanda de amparo -6 de julio de 2022²²-, transcurrió tan solo un día y por ende, se cumple la finalidad de preservar la naturaleza de la acción de tutela como un remedio de aplicación urgente que demanda una protección efectiva y actual de los derechos invocados.

¹⁹ Documento 03 del expediente electrónico.

²⁰ Folios 2 y 3 del Documento 09 del expediente electrónico.

²¹ Folio 1 del Documento 09 del expediente electrónico.

²² Documento 01 del expediente electrónico



Consejo Superior de la Judicatura
Juzgados de Bucaramanga Pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio
Juzgado Trece Penal Municipal con función de control de Garantías

En lo que toca con el presupuesto de subsidiariedad, si bien la accionante cuenta con la posibilidad de acudir a la Superintendencia Nacional de Salud, tal y como lo establecen los artículos 38 y 39 de la Ley 1122 de 2007²³, con el propósito que la entidad conozca y desate la controversia suscitada, tal mecanismo de defensa no es idóneo para obtener la protección inmediata de sus garantías fundamentales, como lo reconoció la Corte Constitucional en Sentencia SU-508 de 2020²⁴, pues véase, que el tiempo que implica agotar la instancia ante la Superintendencia más la segunda instancia ante las salas laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en el evento de impugnarse²⁵, se convierte en un trámite que no ofrece una solución pronta y eficaz, más aún, si se tiene en cuenta que lo que se debate es la protección del derecho fundamental a la salud de un adulto mayor, por lo que en el sub-examine, el mecanismo constitucional se torna procedente.

Superado el anterior análisis, se procederá al estudio de la alegada vulneración de los derechos fundamentales a la salud y vida digna de la señora Rita Delia Ardila de Ariza, tomando en consideración los elementos de prueba allegados y las respuestas de las entidades accionadas.

*Conforme se desprende de los elementos de convicción que obran en el plenario, el 5 de julio de 2022²⁶, la señora Rita Delia Ardila de Ariza asistió a una primera visita con la especialidad de Oncología Clínica, siendo atendida por el Doctor Oscar Leonardo Morantes Hernández, quien determinó que es una paciente mayor frágil con enfermedad avanzada y estado funcional limitado, por lo que no se beneficia del manejo sistémico por oncología, ya que los riesgos de complicaciones de este tipo de tratamientos son mayores que sus beneficios. En consecuencia, el galeno dispuso la realización de valoración por clínica del dolor y cuidados paliativos **con carácter prioritario**, en virtud del diagnóstico C787 -Tumor Maligno Secundario del Hígado- que padece.*

De igual manera se tiene que, la Nueva EPS emitió autorización de servicios No. 7002592242 del 5 de julio de 2022²⁷ para consulta de primera vez por especialista en dolor y cuidados paliativos, código 890243, con vigencia de 180 días, direccionando a la usuaria a la UT FOSCAL, en virtud del diagnóstico C767.

Según se indicó en el libelo tutelar, la inconformidad de la actora recae en que tal servicio médico fue agendado por la FOSCAL para el 24 de noviembre de 2022, sin tener en cuenta que se trata de una consulta ordenada por el especialista con carácter prioritario, dado el estado de salud de la paciente y las pocas expectativas de vida y recuperación, expresando además su preocupación, ya que no se tiene certeza de que para esa calenda su agenciada aún se encuentre con vida, de acuerdo a la gravedad de su diagnóstico.

Por su parte, la Nueva EPS se limitó a informar que el área correspondiente adelantaba las gestiones pertinentes para garantizar la programación y prestación del servicio, el cual aseguró se encuentra capitado, sin allegar prueba siquiera

²³ Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 313 de 2008, Modificada por el art. 36, Decreto Nacional 126 de 2010, en lo relativo a las multas. Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

²⁴ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁵ Salvamento de voto Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, consignado en la Sentencia T-603 de 2015.

²⁶ Folios 2 y 3 del Documento 09 del expediente electrónico.

²⁷ Folio 1 del Documento 09 del expediente electrónico.



Consejo Superior de la Judicatura
Juzgados de Bucaramanga Pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio
Juzgado Trece Penal Municipal con función de control de Garantías

sumaria de los trámites realizados con esa finalidad. A su turno, la Fundación Oftalmológica de Santander puntualizó que era necesario que la paciente allegara la orden y autorización del servicio para determinar si eventualmente podía reagendarse, no obstante, fue enfática en advertir que esto solo sería posible ante una cancelación de una cita por parte de otro usuario, trasladando la responsabilidad de la garantía del servicio a la Nueva EPS a través de una IPS diferente.

En relación con el pronunciamiento de la Fundación Oftalmológica de Santander, debe decirse, que el 8 de julio de 2022 se le corrió traslado de la documentación allegada por la accionante como respaldo de sus pretensiones²⁸, dentro de la cual se encontraba no solo la autorización de la consulta, sino la historia clínica que da cuenta de la anotación realizada por el galeno tratante en cuanto a su prioridad, empero, ningún pronunciamiento emitió dicha entidad con posterioridad.

Con fundamento en lo expuesto, estima el Despacho que en relación con los trámites que corresponden a la EPS para prestar el servicio, de manera previa a la presentación de la acción constitucional, se surtió la etapa de diagnóstico y autorización, sin embargo, aunque estas actuaciones constituyen un visto bueno de la entidad promotora de salud para proveer las prestaciones asistenciales a la paciente, lo cierto es, que no son garantía alguna de su efectiva prestación.

*Lo anterior adquiere sustento, en la medida en que nótese que, a sabiendas de la prioridad estimada por el especialista en Oncología Clínica y la gravedad del diagnóstico de la paciente, la Nueva EPS decidió adoptar una actitud pasiva y conformarse con la programación asignada para el mes de noviembre de 2022, es decir, optó por someter a la paciente a una espera de más de 4 meses para la materialización de una consulta que evidentemente tiene como propósito encontrar soluciones para menguar sus padecimientos y evitar prolongar sus sufrimientos. Y es que precisamente el **carácter prioritario** de la consulta deviene de la imposibilidad de brindarle a la paciente un manejo sistémico por Oncología, pues según lo conceptuó el médico tratante, esto traería mayores complicaciones que beneficios, no quedando entonces alternativa distinta a un manejo médico por clínica del dolor y cuidados paliativos.*

Sobre este asunto, vale la pena señalar, que nos encontramos frente a una paciente que presenta un diagnóstico de Tumor Maligno Secundario del Hígado -C787, enfermedad que por su gravedad y complejidad requiere un tratamiento continuo que no puede someterse a dilaciones injustificadas, tal como se avizora en el caso bajo estudio, en el que se insiste, la Nueva EPS no procuró adelantar una mínima gestión para priorizar el agendamiento del servicio a la mayor brevedad o para direccionar a la usuaria a otra IPS que sí pudiese garantizarlo de manera inmediata, lo cual le era completamente exigible teniendo en cuenta que como se dijo, así lo conceptuó el profesional de la salud en atención al estado avanzado de la enfermedad.

A esto se suma, que se trata de una paciente de 85 años de edad, es decir, un sujeto de especial protección constitucional y de un servicio médico financiado con recursos del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por

²⁸ Documento 16 del expediente electrónico.



Consejo Superior de la Judicatura
Juzgados de Bucaramanga Pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio
Juzgado Trece Penal Municipal con función de control de Garantías

Capitación, pues se encuentra contemplado en el catálogo de prestaciones vigentes bajo el código 890243, tal como se corrobora con la información consignada en el aplicativo PosPópuli del Ministerio de Salud y Protección Social²⁹.

Por consiguiente, se advierte la imposición de barreras en la prestación efectiva del servicio que demanda la señora Rita Delia Ardila de Ariza, que deviene en afectación a sus derechos fundamentales a la salud y vida digna, pues desde la fecha en que el galeno ordenó la consulta de primera vez por especialista en dolor y cuidados paliativos con carácter prioritario, esto es, el 5 de julio de 2022, han transcurrido 14 días sin ninguna actuación real que demuestre la intención efectiva de la entidad promotora de salud para asegurar a su afiliada la provisión de la atención clínica que demanda a la mayor brevedad.

En este punto conviene recordar que, si bien las instituciones prestadoras de salud son las responsables de concretar la materialización de los servicios médicos, no es menos cierto que, en las EPS recae el deber de conformar su red de prestadores y asegurarse de que sus afiliados reciban la atención que demandan en términos de suficiencia y oportunidad, obligación que en el caso concreto no se ha cumplido.

*En este orden de ideas, se tutelarán los derechos fundamentales a la salud y vida digna de la señora Rita Delia Ardila de Ariza, reclamados por la señora Laura Catherine Ariza Gerena y en consecuencia se **ORDENARÁ** al Gerente y/o Representante Legal de la Nueva EPS, que en el término de veinticuatro (24) horas, contadas a partir de la notificación del presente fallo, proceda a garantizar la prestación efectiva de la consulta de primera vez por especialista en dolor y cuidados paliativos, ordenada de manera prioritaria por el Doctor Oscar Leonardo Morantes Hernández, Especialista en Oncología Clínica, el 5 de julio de 2022, a la señora Rita Delia Ardila de Ariza, en virtud del diagnóstico C787 -Tumor Maligno Secundario del Hígado- que padece, la que deberá realizarse a través de una IPS que conforme su red de prestadores y que se encuentre en condiciones de proveerla **de forma inmediata**. De no poderla efectuar de manera inmediata, dentro del mismo término deberá realizar la contratación o convenio pertinente con una IPS externa que cuente con la disponibilidad para proceder en ese sentido.*

Finalmente, el Despacho no ordenará el recobro ante ADRES por la prestación de servicios NO POS por parte de la Nueva EPS, de un lado, por cuanto la prestación que se dispone en la decisión se encuentra contempladas en el catálogo de prestaciones vigentes del POS -tal como lo reconoció la misma EPS en el curso del presente trámite-, y de otro, toda vez que, para las tecnologías excluidas, ADRES transfirió a las EPS un presupuesto máximo con la finalidad de suprimir los obstáculos que impedían el adecuado flujo de recursos y asegurar la disponibilidad de éstos para garantizar de manera efectiva, oportuna, ininterrumpida y continua los servicios de salud, en cumplimiento a las Resoluciones 205 y 206 de 2020 y en el evento de no alcanzar dichos recursos, el cobro de estos es un trámite netamente administrativo entre las entidades y la EPS, para el cual lo faculta la ley, atendiendo la jurisprudencia constitucional³⁰ y lo establecido por el Ministerio de Salud y Protección Social, en concepto 201711601296581 del 7 de julio de 2017, por lo que

²⁹

<https://pospopuli.minsalud.gov.co/PospopuliWeb/paginas/resultadoprocedimientos.aspx?value=H4sIAAAAAAEAGNgZGBg%2bA8EIBoE2EAM4%2bT8IMz0fFsLAWMDQ7Wk0uLC0tSURFmf7%2fgUJ8QR1UjAxdXIBEQ5OnrGgTihrlGcQMAHz6FPEsAAAA%3d>

³⁰ Sentencia T-081 del 23 de febrero de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.



Consejo Superior de la Judicatura
Juzgados de Bucaramanga Pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio
Juzgado Trece Penal Municipal con función de control de Garantías

no involucra derechos fundamentales, ni se requiere para hacerlo efectivo orden en ese sentido.

Finalmente, se ordena desvincular del presente trámite a ADRES, por corresponder a la Nueva EPS y no a ella, garantizar la efectiva prestación del servicio de salud a la agenciada.

Sin más consideraciones, el Juzgado Trece Penal Municipal con función de control de garantías de Bucaramanga, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución:

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y vida digna de la señora Rita Delia Ardila de Ariza, reclamados por la señora Laura Catherine Ariza Gerena, por lo argüido en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR al Gerente y/o Representante Legal de la Nueva EPS, que en el término de veinticuatro (24) horas, contadas a partir de la notificación del presente fallo, proceda a garantizar la prestación efectiva de la consulta de primera vez por especialista en dolor y cuidados paliativos, ordenada de manera prioritaria por el Doctor Oscar Leonardo Morantes Hernández, Especialista en Oncología Clínica, el 5 de julio de 2022, a la señora Rita Delia Ardila de Ariza, en virtud del diagnóstico C787 -Tumor Maligno Secundario del Hígado- que padece, la que deberá realizarse a través de una IPS que conforme su red de prestadores y que se encuentre en condiciones de proveerla ***de forma inmediata***. De no poderla efectuar de manera inmediata, dentro del mismo término deberá realizar la contratación o convenio pertinente con una IPS externa que cuente con la disponibilidad para proceder en ese sentido.

TERCERO: Se le advierte al accionado, Gerente y/o Representante Legal de la Nueva EPS, que el incumplimiento a lo ordenado, previa plena prueba, origina el trámite incidental por desacato al fallo, haciéndose acreedor a las sanciones contempladas en el Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: NO ORDENAR el recobro ante ADRES, por lo indicado en antecedencia.

QUINTO: DESVINCULAR del presente trámite a ADRES, conforme lo señalado anteriormente.

SEXTO: Si el fallo no fuere impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, al tenor del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, por Secretaría, efectúese el trámite para el envío digital de las piezas procesales requeridas a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo PCSJA20-11594 del 13 de julio de 2020.

SÉPTIMO: Notifíquese la presente decisión a través de los correos electrónicos dispuestos para notificaciones judiciales de las partes, atendiendo lo dispuesto en el



Consejo Superior de la Judicatura
Juzgados de Bucaramanga Pertenecientes al Sistema Penal Acusatorio
Juzgado Trece Penal Municipal con función de control de Garantías

artículo 8 de la Ley 2213 de 2022, dejando constancia en el expediente de la actuación desplegada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:

La Juez,



MAIBY LISSETTE GONZÁLEZ QUINTERO