



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO MIXTO DE BARRANQUILLA

PROCESO IMPUGNACIÓN TUTELA

RADICACIÓN: 08001-4189-021-2023-00929-01

ACCIONANTE: NEFER AVILIO CERVANTES DE LA ROSA CC 77.020.473

ACCIONADO: CAJACOPI E.P.S. S.A.S.

DERECHO: SALUD

Barranquilla, veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

I. ASUNTO A TRATAR

Procede el despacho a decidir acerca de la impugnación a que fue sometido el fallo de tutela de fecha veinte (20) de octubre dos mil veintitrés (2023), proferido por EL JUZGADO VEINTIUNO (21) DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela promovida por el señor NEFER AVILIO CERVANTES DE LA ROSA, quien actúa a través de Defensora Pública de la Defensoría del Pueblo Regional Atlántico, contra: CAJACOPI E.P.S. S.A.S., por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y seguridad social consagrados en la Constitución Política y en el cual se negó el amparo solicitado.

II. ANTECEDENTES

En el escrito de la tutela, la parte accionante, narra los siguientes hechos que se sintetizan así:

1. El señor NEFER AVILIO CERVANTES DE LA ROSA, en la actualidad tiene 58 años, se encuentra afiliado a la EPS- S CAJACOPI.
2. El señor NEFER AVILIO CERVANTES DE LA ROSA, padece de FRACTURA DE TIBIA DISTAL - FÍSTULA EN PIERNA DERECHA, como se evidencia en la historia clínica que se adjunta.
3. Su médico tratante, le ordenó al accionante de manera PRIORITARIA: 1) CIRUGIA RECONSTRUCTIVA TIBIA DISTAL DERECHA MASQUELETE MAS COLGAJO FACIOCUTANEO TIBIA DERECHA - FÍSTULA EN PIERNA DERECHA, como se evidencia en las ordenes clínica adjunta.
4. EPS- S CAJACOPI dilata la materialización de lo anterior, que hasta la fecha no ha sido posible que realicen la cirugía. El accionante manifiesta que presenta mucho dolor, inflamación, edemas, secreciones, que está desesperado que no tiene recursos económicos para sufragar dicha cirugía, suministros, por lo cual procedió a presentar la queja ante la Defensoría del Pueblo Regional Atlántico.
5. Que la conducta asumida por EPS- S CAJACOPI, no sólo atenta contra los principios de continuidad e integralidad² en la prestación de los servicios requeridos por la accionante, sino que desconoce el deber impuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-760 de 2008 de garantizar el acceso a los servicios de salud, libre de trámites y procedimientos administrativos engorrosos e innecesarios. No es bien recibido de parte de la suscrita que EPS- S CAJACOPI coloque trámites administrativos engorrosos

al usuario quien además se presenta en muletas, a sabiendas que es una persona con enfermedad, discapacitada y altamente vulnerable, violan de esta manera los derechos fundamentales aquí mencionados y que no le dan un trato digno a la vida al accionante.

6. La Corte Constitucional, ha reiterado que cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una gestión diligente, una EPS demora un tratamiento o procedimiento médico al cual la persona tiene derecho, viola su derecho a la salud e impide su efectiva recuperación física y emocional, pues los conflictos contractuales que puedan presentarse entre las distintas entidades o al interior de la propia empresa como consecuencia de la ineficiencia o de la falta de planeación de estas, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y clausura óptima de los servicios médicos prescritos.

7. Por mandato de la Constitución Política son Derechos Fundamentales La vida y adecuado nivel de vida, la integridad Física, la salud y la seguridad social, y el Estado en todas sus manifestaciones tiene el deber y obligación de protección de los mismos.

III. PRETENSIONES

Basándose en los fundamentos fácticos expuestos, el accionante pretende que *"...impartan las órdenes necesarias que se autoricen y realicen CON FECHA Y HORA de manera urgente e inmediata: I: 1) CIRUGIA RECONSTRUCTIVA TIBIA DISTAL DERECHA MASQUELETE MAS COLGAJO FACIOCUTANEO TIBIA DERECHA – FÍSTULA EN PIERNA DERECHA, formulada por su médico tratante y se establezca un cronograma de atención real, material, efectiva y con calidad y se realice un tratamiento, integral, continuo y completo que mitigue los padecimientos de FRACTURA DE TIBIA DISTAL – FISTULA EN PIERNA DERECHA, entre otros, de la accionante..."*

IV. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción de tutela fue admitida el dos (02) de octubre dos mil veintitrés (2023), por EL JUZGADO VEINTIUNO (21) DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, ordenándose la notificación de las accionadas, y la vinculación de la FUNDACION CAMPBELL, y a la SECRETARIA DE SALUD DISTRITAL DE BARRANQUILLA. Luego a través de auto de vinculación de fecha diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023), se ordenó la vinculación de LA SECRETARIA DE SALUD DE VALLEDUPAR, a fin de que se pronunciaran sobre los hechos expuestos en el escrito de tutela.

CAJACOPI E.P.S. S.A.S, a través de JOBANINA RUIZ CANTILLO, en su calidad de GERENTE REGIONAL indicó: *"procedieron a autorizar y programar con especialista de ortopedia para seguimiento de procedimiento y su eventual programación teniendo en cuenta la realización de los quirúrgicos, lo que fue notificado al accionante, por lo que aseguran que se configuró un hecho superado..."*

FUNDACION CAMPBELL, a través de JUDITH DEL CARMEN SARMIENTO AGUILERA, en su calidad de representante legal, en su informe indicó: *"...el señor NEFER AVILIO CERVANTES DE LA ROSA ingresó a la IPS el día 18 de enero de 2023, remitido del HOSPITAL SANTO TOMAS por el servicio de urgencias por cuadro clínico dado dolor de moderada intensidad en pierna derecha, paciente el cual presentó accidente de tránsito hace 2 años presentando fractura de tibia derecha el cual fue manejado con fijador externo y fue retirado el día 12/01/2023 y se le realizan estudios imagenológicos que muestra osteomielitis en tibia derecha, no unión del foco de fractura de tibia derecha,*

motivo por el cual remiten. Que en la IPS se le dio el manejo especializado, que el ultimo ingreso del accionante fue el 1 de octubre de 2023..."

SECRETARÍA DE SALUD DISTRITAL DE BARRANQUILLA a través de LINDA GISELLE MENDOZA TORRES, en su calidad de Apoderada especial del Distrito de Barranquilla, en su informe indicó: *"...el señor NEFER AVILIO CERVANTES DE LA ROSA identificado con C.C No 77 020 473 de Valledupar César, se encuentra afiliado ACTIVO, bajo el Régimen subsidiado, como cabeza de familia a CAJACOPI EPS S.A.S, en el municipio de Valledupar César, la cual es la responsable de su aseguramiento y por consiguiente de la prestación de los servicios de salud, medicamentos, insumos, tecnologías y servicios POS y NO POS que requiera por su condición de salud y orden médica, teniendo en cuenta esto la SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD BARRANQUILLA realiza Inspección, Vigilancia y Control, de acuerdo con las competencias de este Ente Territorial establecidas en la Ley 715 del 2001. Que la atención en salud que requiera el accionante debe ser asumida por CAJACOPI EPS S.A.S, conforme a lo reglamentado en la Ley 100 de 1993, Ley 1438 de 2011, Decreto 2353 de 2015, Decreto 780 de 2016 y normas complementarias..."*

LA SECRETARIA DE SALUD DE VALLEDUPAR, omitio rendir sus informes al Juzgado de primera instancia, sobre los hechos de los que fue requerido por este, en auto adiado del diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Posterior a ello, el veinte (20) de octubre de dos mil veintitrés (2023), se profirió fallo de tutela, negando el amparo de los derechos depuestos, por lo que fue impugnada y por reparto correspondió su conocimiento a esta agencia judicial.

V. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo proferido el veinte (20) de octubre de dos mil veintitrés (2023), por EL JUZGADO VEINTIUNO (21) DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, decidió negar el amparo de los derechos depuestos por la parte accionante, en ocasión a que: *"...En relación con lo manifestado por la accionada CAJACOPI EPS, acerca de que ya resolvieron la cuestión objeto de litis en la presente acción de tutela, es decir que ya agendaron la cita consulta de ortopedia para programación de cirugía. Este Despacho procedió a comunicarse con el accionante, sin embargo, no fue posible contactarse a través del número de contacto proporcionado en la acción de tutela, y debido a que no ha habido otro pronunciamiento del actor acerca del no cumplimiento de la cita médica y las pretensiones tutelares, se tiene por sentado que esta se llevó a cabo en total normalidad. Ante el hecho de que no proporcionen una fecha exacta de cirugía, se observa que con anterioridad a programar un día específico para la realización de la cirugía que necesita el accionante, se deben realizar una serie de consultas previas u exámenes prequirúrgicos, a fin de determinar fecha idónea para la realización de la cirugía, en este orden de ideas se concluye, que el requerimiento del accionante ya ha sido atendido, por lo que la resolutive de esta providencia se determinara como un hecho superado por carencia actual de objeto. Dado lo anterior, se concluye que el objeto de litis base de la presente acción de tutela, ya fue superado en el transcurso de resolver la misma, en razón a que ya le fue asignada consulta de ortopedia para programación de cirugía. Partiendo de las precedentes anotaciones, este Despacho no encuentra otra alternativa que declarar que en el caso concreto se configuró la carencia actual de objeto por un hecho superado. La apreciación anterior tiene fundamento jurídico en lo establecido en el artículo 86 de la Constitución de donde se desprende que el propósito del amparo constitucional se limita a la protección inmediata y actual de los derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente consagrados en la ley..."*

VI. IMPUGNACION

La parte accionante, manifestó su inconformidad en los siguientes términos: "...El Aquo procede a fallar sin ordenar a la EPS CAJACOPI, autorice y realice CIRUGIA RECONSTRUCTIVA TIBIA DISTAL DERECHA MASQUELETE MAS COLGAJO FACIOCUTANEO TIBIA DERECHA - FISTULA EN PIERNA DERECHA, manifestando que no fue posible comunicarse con el usuario y que además presume que como le autorizaron la cita con el medico ortopeda y ya le van a agendar la cirugía. Esto es falso, hasta la fecha no lo ha visto el ortopeda y mucho menos le han autorizado la cirugía. Violando de esta manera el derecho de igualdad del señor NEFER. Actualmente, el señor Nefer se encuentra internado en la Clínica Campbell, de la ciudad de Barranquilla, donde le han realizado todo el tratamiento, por que adquirió una bacteria en el hueso por la negligencia de la EPS CAJACOPI, para operarlo, lleva 2 años en tratamiento y no ha sido posible, que la accionada autorice y realice la cirugía que con urgencia requiere el usuario. No podemos seguir revictimizando al accionante. Con base en lo anterior ruego a su señoría resuelva a favor de mi representado las pretensiones de la demanda, en el sentido en que se ordene a la EPS COOSALUD, autorice CIRUGIA RECONSTRUCTIVA TIBIA DISTAL DERECHA MASQUELETE MAS COLGAJO FACIOCUTANEO TIBIA DERECHA - FISTULA EN PIERNA DERECHA. Así mismo, solicitamos señor Juez la integralidad de la prestación de este servicio en la cantidad y periodicidad que ordene el médico o el médico tratante del accionante...."

VII. PROBLEMA JURIDICO

De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, corresponde a esta agencia judicial determinar:

¿La accionada CAJACOPI E.P.S. S.A.S., han vulnerado los derechos fundamentales a la vida digna, al acceso efectivo a la salud, del señor NEFER AVILIO CERVANTES DE LA ROSA, quien actúa a través de Defensora Pública de la Defensoría del Pueblo Regional Atlántico, al no autorizar y suministrar el procedimiento CIRUGIA RECONSTRUCTIVA TIBIA DISTAL DERECHA MASQUELETE MAS COLGAJO FACIOCUTANEO TIBIA DERECHA - FISTULA EN PIERNA DERECHA y demás prescripciones médicas, no solo en el presente, sino también en el futuro, hasta que su patología lo genere, para mejorar su calidad de vida, evitar perjuicio en la salud y vida del paciente?

VIII. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 23 y 86 de la Constitución Política y los Decretos 2591 de 1.991 y 1382 del 2.000, este despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela.

IX. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El marco constitucional está conformado por los artículos 48, 86, de la Carta Política, Decreto 2591 de 1991, Ley Estatutaria de Salud, 1751 de 2015, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Ley 100 de 1993; sentencias T-233 de 2012, C-313 de 2014, C-507 de 2004, T-717 de 2011, T-445 de 2017, T-062 de 2017, T-408 de 2011, T-1059 de 2006, T-062 de 2006, T-730 de 2007, T-536 de 2007, T-421 de 2007, T - entre otras.

X. CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando estos resultaren amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Constitución Política la cual constituye una garantía y un mecanismo constitucional de protección, directa, inmediata y efectiva, de los derechos fundamentales.

Para la procedencia de este mecanismo tutelar, es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para hacer valer sus derechos, salvo que se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela procede a título subsidiario cuando la protección judicial del derecho fundamental no puede plantearse, de manera idónea y eficaz, a través, de un medio judicial ordinario y, en este sentido los medios judiciales ordinarios tienen preferencia sobre la acción de tutela. No obstante, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, así exista un medio judicial ordinario, cuando ello sea necesario para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios, será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia atendiendo las circunstancias en que se encuentra la solicitante.

DERECHO A LA SALUD

En primer lugar, el artículo 49 de la Constitución se encuentra consagrada la obligación que recae sobre el Estado de garantizar a todas las personas el acceso a la salud, así como de organizar, dirigir, reglamentar y establecer los medios para asegurar a todas las personas su protección y recuperación. De ahí su doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho fundamental del cual son titulares todas las personas y por otro, un servicio público de carácter esencial cuya prestación se encuentra en cabeza del Estado y, por ende, exigible por vía de la acción de tutela.

Al efecto, la Corte, en sentencia T-233 del 21 de marzo de 2012, con M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, señaló que:

“Así las cosas, el derecho a la seguridad social en salud, dada su inexorable relación con el principio de dignidad humana, tiene el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos del POS que han sido definidos por las autoridades competentes y, excepcionalmente, cuando la falta de dichos contenidos afecta la dignidad humana y la calidad de vida de quien demanda el servicio de salud.”

Actualmente la Ley Estatutaria de Salud, 1751 de 2015, claramente reconoce la fundamentalidad de tal derecho. En la sentencia C-313 de 2014 al respecto se dijo:

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

servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”

De este modo, la salvaguarda del derecho fundamental de la salud debe otorgarse de conformidad con los principios contemplados en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política y los artículos 153 y 156 de la Ley 100 de 1993 en los que se consagran como principios rectores y características del sistema, entre otros, accesibilidad, solidaridad, continuidad, libre escogencia, universalidad y obligatoriedad.

SU CONEXIDAD CON EL DERECHO A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS.

En lo concerniente a la salud y su amplio alcance, en la sentencia T-659 de 2003 la Corte estimó que este no sólo tiene que ver con el estado de bienestar físico o funcional, sino también con el psicológico, emocional y social de una persona; ya que son todos esos aspectos los que viabilizan el desarrollo de una vida de calidad y también tienen incidencia en el desarrollo integral del ser humano. Por lo anterior, dicha corporación ha considerado que una decisión que afecte tanto el ámbito funcional como el psicológico, emocional y social sería vulneratoria de los derechos fundamentales de la persona, tales como el de la integridad física, moral y psíquica y a una vida digna.

Ahora bien, la Corte también ha desarrollado un concepto amplio del derecho a la vida, pues ha considerado que este no sólo implica “la mera subsistencia biológica”, sino también “el reconocimiento y la búsqueda de una existencia digna.”¹

En ese mismo sentido, se enfatizó en que el derecho a la vida digna “*se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afecten la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna*”.²

De lo anterior y teniendo en consideración que el derecho fundamental a la vida ha sido consagrado y garantizado en el preámbulo y los artículos 1, 2 y 11 de la Constitución Política, se puede afirmar que éste no hace referencia exclusivamente a la existencia material, sino también a la posibilidad de ésta sea desarrollada de forma digna.

De este modo, la Corte ha hecho especial énfasis en la importancia que tiene que tanto la reglamentación como la aplicación del Plan de Beneficios en Salud no desconozcan los derechos fundamentales de las personas; situación que podría presentarse en los casos en que una entidad prestadora del servicio de salud hace una interpretación restrictiva de la reglamentación del Plan o cuando se abstiene de autorizar y practicar un procedimiento quirúrgico que tiene la capacidad de afectar directamente la dignidad o vida misma del paciente, argumentando indebidamente que se trata de una intervención excluida del Plan de Salud. Así, cuando una persona instaura una acción de tutela encaminada a lograr su recuperación física y emocional, psicológica o mental, producto de un padecimiento por una afección física, aquella actuación también busca lograr la protección de sus derechos a la integridad personal y a una vida digna.³

¹ Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

² Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, reiterando la sentencia T-076 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero y T-956 de 2005, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, entre muchas otras.

³ Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

De allí que pueda colegirse que la salud no sólo involucra el tener un estado de bienestar físico o funcional, pues también debe comprender un bienestar psíquico, emocional y social. Ello, toda vez que todos esos elementos permiten proporcionarle a una persona el desarrollo de su vida en condiciones dignas y de calidad. Es por esto que *“tanto el Estado como los particulares que intervienen en la prestación del servicio público de salud desconocen el derecho constitucional a la salud cuando adoptan una medida que no solo afecta el bienestar físico o funcional de las personas, sino que se proyecta de modo negativo en su bienestar psíquico, social y emocional.”*⁴

TRATAMIENTO INTEGRAL EN SALUD.

En virtud del principio de integralidad, las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud deben autorizar, practicar y entregar los medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles y seguimientos que el médico considere indispensables para tratar las patologías de un paciente, *“(...) sin que les sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan”*. Ello con el fin, no solo de restablecer las condiciones básicas de vida de la persona o lograr su plena recuperación, sino de procurarle una existencia digna a través de la mitigación de sus dolencias.

Al mismo tiempo ha señalado la Corte Constitucional que tal principio no puede entenderse solo de manera abstracta. Por ello, para que un juez de tutela ordene el tratamiento integral a un paciente, debe verificarse (i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación, poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente. La claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes.

Así, cuando se acrediten estas dos circunstancias, el juez constitucional debe ordenar a la EPS encargada la autorización y entrega ininterrumpida, completa, diligente y oportuna de los servicios médicos necesarios que el médico tratante prescriba para que el paciente restablezca su salud y mantenga una vida en condiciones dignas. Esto con el fin de garantizar la continuidad en el servicio y evitar la presentación constante de acciones de tutela por cada procedimiento que se dictamine.

ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS ADULTOS MAYORES.

Los adultos mayores son un grupo vulnerable, por ello han sido catalogados como sujetos de especial protección constitucional en múltiples sentencias de esta Corporación. Desde el punto de vista teórico, esto puede obedecer a los tipos de opresión, maltrato o abandono a los que puede llegar a estar sometida la población mayor, dadas las condiciones, físicas, económicas o sociológicas, que la diferencian de los otros tipos de colectivos o sujetos.

La Constitución Política en sus artículos 13^o y 46^o, contempla la especial protección del Estado y la sociedad a las personas mayores, de acuerdo con el principio de solidaridad y los preceptos

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-381 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

del Estado Social de Derecho que inspiran el ordenamiento superior. En especial, el artículo 46° pone en cabeza de las familias, la sociedad y el Estado mismo unos deberes de protección y asistencia en favor de los adultos mayores, que conlleven su integración en la vida comunitaria. Dicho precepto constitucional indica que:

“El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. | | El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.”

En razón de tal disposición constitucional, la Corte Constitucional indicó en la sentencia C-503 de 2014 que *“el Estado debe propender por el cuidado de la vejez como parte del cumplimiento de sus obligaciones constitucionales. Ello por cuanto a pesar de existir un especial deber de solidaridad en cabeza de la familia, el artículo 46 habla de una responsabilidad concurrente, y por tanto, el Estado no sólo puede sino que debe contar con una política pública de cuidado, protección e integración del adulto mayor, y adoptar las respectivas medidas para implementarlas”*.

LA ACCIÓN DE TUTELA Y EL CUBRIMIENTO DE SERVICIOS E INSUMOS NO INCLUIDOS EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD (HOY PLAN DE BENEFICIOS).

En relación con el suministro de elementos, intervenciones e insumos no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), la Corte Constitucional, ha precisado⁵ que el derecho a la salud, por su complejidad, suele estar sujeto a restricciones presupuestales y a una serie de actuaciones y exigencias institucionales que tienen que ver con la diversidad de obligaciones a las que da lugar, y a la magnitud y multiplicidad de acciones y omisiones que exige del Estado y de la sociedad. No obstante, la escasez de recursos disponibles o la complejidad de las gestiones administrativas asociadas al volumen de atención del sistema no justifican la creación de

barreras administrativas que obstaculicen la implementación de medidas que aseguren la prestación continua y efectiva de los servicios asistenciales que requiere la población.

Así, el efecto real de tales restricciones se traduce en la necesidad de que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud se destinen a la satisfacción de los asuntos que resultan prioritarios, bajo el entendido de que progresivamente las personas deben disfrutar del nivel más alto posible de atención integral en salud. Bajo este supuesto, la Corte ha admitido que el PBS esté delimitado por las prioridades fijadas por los órganos competentes y así ha negado tutelas, que pretenden el reconocimiento de un servicio excluido del PBS, en la medida que dicha exclusión no atente contra los derechos fundamentales del interesado.

Con todo, las autoridades judiciales constantemente enfrentan el reto de resolver peticiones relativas a la autorización de un medicamento, tratamiento o procedimiento excluido del PBS. Este desafío consiste en determinar cuáles de esos reclamos ameritan la intervención del juez constitucional, es decir, en qué casos la entrega de un medicamento que está por fuera del plan de cubrimiento, y cuyo reconocimiento afecta el principio de estabilidad financiera del sistema de salud, es imperiosa a la luz de los principios de eficacia, universalidad e integralidad del derecho a la salud.

⁵ Sentencias T-034 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-017 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Por lo anterior, como lo resaltó la Sentencia T-017 de 20136, de lo que se trata es de determinar en qué condiciones la negativa a suministrar una prestación por fuera del PBS afecta de manera decisiva el derecho a la salud de una persona, en sus dimensiones físicas, mentales o afectivas.

Para facilitar la labor de los jueces, la Sentencia T-760 de 20087, resumió las reglas específicas que deben ser contrastadas y verificadas en aras de asegurar que la sostenibilidad del sistema de salud se armonice con las obligaciones que están en cabeza del Estado en su condición de garante del goce efectivo del derecho a la salud. Dicha sentencia concluyó que debe ordenarse la provisión de medicamentos, procedimientos y elementos que estén excluidos del PBS a fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurren las siguientes condiciones:

“(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad; (ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad; (iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado”.

De hecho, esta sentencia puntualiza, además, que otorgar en casos excepcionales un medicamento o un servicio médico no incluido en el PBS, en un caso específico, no implica per se la modificación del Plan de Beneficios en Salud, ni la inclusión del medicamento o del servicio dentro del mismo, pues lo que exige es que exista un goce efectivo de los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas.

En este sentido, los medicamentos y servicios no incluidos dentro del PBS, continuarán excluidos y su suministro sólo será autorizado en casos excepcionales, cuando el paciente

cumpla con las condiciones anteriormente descritas. Esto, sin que eventualmente el órgano regulador incluya ese medicamento o servicio dentro del plan de beneficios.

Sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido que en ciertos casos el derecho a la salud requiere de un mayor ámbito de protección. Así, existen circunstancias en las que, a pesar de no existir órdenes médicas, la Corte ha ordenado el suministro y/o autorización de prestaciones asistenciales no incluidas en el PBS, en razón a que la patología que padece el actor es un hecho notorio del cual se desprende que su existencia es indigna, por cuanto no puede gozar de la óptima calidad de vida que merece.

ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO.

Descendiendo al caso *sub examine*, se tiene que el señor NEFER AVILIO CERVANTES DE LA ROSA, quien actúa a través de Defensora Pública de la Defensoría del Pueblo Regional Atlántico, hace uso de la presente acción constitucional de la referencia, en contra de CAJACOPI E.P.S. S.A.S., por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida digna, al acceso efectivo a la salud.

Lo anterior, en ocasión a que manifiesta su agente oficioso que el señor NEFER AVILIO CERVANTES DE LA ROSA, está diagnosticado por su médico tratante, de FRACTURA DE TIBIA DISTAL-FISTULA EN PIERNA DERECHA, por lo cual le ordenó al accionante de manera

PRIORITARIA: I) CIRUGÍA RECONSTRUCTIVA TIBIA DISTAL DERECHA MASQUELETE MAS COLGAJO FACIOCUTANEO TIBIA DERECHA-FÍSTULA EN PIERNA DERECHA, como se evidencia en las ordenes clínicas adjuntas, Por lo que radicó ante la accionada la orden médica para que procedieran a realizar dicha cirugía, siendo esta negada por parte de esta y hasta la fecha según escrito de impugnación no se ha realizado, así mismo negando su tratamiento integral para la rehabilitación y mejoría del accionante.

Por su parte indica CAJACOPI E.P.S. S.A.S., que el suministro y autorización de los tratamientos ordenados, para prestar el servicio que solicita el accionante, se analiza que, según el dicho de la accionada ésta procedió a agendar la cita consulta de ortopedia para programación de cirugía. Cubriendo de esta manera la necesidad del accionante de ser atendido en la patología que lo está afectando actualmente, donde además indican que tienen a disposición todos los servicios médicos necesarios para suministrar una atención en salud de calidad.

Ahora bien, puntualizando en el tratamiento integral, la Corte Constitucional en sentencias T307 de 2007, T-016 de 2007 y en la T- 081- 2019, precisó las subreglas del tratamiento integral en materia de salud, de la siguiente manera:

“Tratamiento integral en salud. En virtud del principio de integralidad, las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud deben autorizar, practicar y entregar los medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles y seguimientos que el médico considere indispensables para tratar las patologías de un paciente⁶, “(...) sin que les sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan”⁷. Ello con el fin, no solo de restablecer las condiciones básicas de vida de la persona o lograr su plena recuperación, sino de procurarle una existencia digna a través de la mitigación de sus dolencias⁸.

Al mismo tiempo ha señalado esta corporación que tal principio no puede entenderse solo de manera abstracta. Por ello, para que un juez de tutela ordene el tratamiento integral a un paciente, debe verificarse (i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación⁹, poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte¹⁰; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los

6 Cfr., Sentencias T-445 de 2017, T-062 de 2017, T-408 de 2011, T-1059 de 2006, T-062 de 2006, T-730 de 2007, T-536 de 2007, y T-421 de 2007.

7 Cfr., Sentencia T-760 de 2008.

8 Cfr., Sentencia T-469 de 2014.

9 Cfr., Sentencias T-030 de 1994, T-059 de 1997, T-088 de 1998, T-428 de 1998, T-057 de 2013, T-121 de 2015, T-673 de 2017. De conformidad con lo expuesto en la Sentencia T-057 de 2013, este tipo de negligencias se reprochan porque: “pueden 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, a la integridad personal y a la vida digna de un paciente”

10 Cfr., Sentencias T-224 de 1999, T-760 de 2008, T-520 de 2012, T-673 de 2017, T-405 de 2017, T-069 de 2018. Al respecto, la Sentencia T-224 de 1999, adujo que: “no es normal que se retrase la autorización de cirugías, exámenes o tratamientos que los mismos médicos del I.S.S. recomiendan con carácter urgente, pues ello va en contra de los derechos a la vida y a la integridad física de los afiliados no solamente cuando se demuestre que sin ellos el paciente puede morir o perder un miembro de su cuerpo, sino también cuando implican la demora injustificada en el diagnóstico y, por consiguiente, en la iniciación del tratamiento que pretende el restablecimiento de la salud perdida o su consecución”. La Sentencia T-760 de 2008, por su parte, reconoció que “Toda persona tiene derecho a acceder integralmente a los servicios de salud que requiera. En tal sentido, toda persona tiene derecho, entre otras cosas, a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder integralmente a los servicios de salud que

servicios que necesita el paciente¹¹. La claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes¹²."

Por lo anterior, y revisado el plenario, se avizora que las pretensiones de la actora se encontraban encaminadas en obtener la autorización la cirugía de I) CIRUGIA RECONSTRUCTIVA TIBIA DISTAL DERECHA MASQUELETE MAS COLGAJO FACIOCUTANEO TIBIA DERECHA-FISTULA EN PIERNA DERECHA y la atención medica integral producto de su diagnóstico de "FRACTURA DE TIBIA DISTAL-FISTULA EN PIERNA DERECHA"; con relación a la pretensión.

De acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia, así como con los supuestos fácticos que circunscriben la controversia en discusión, se procederá a estudiar el caso particular del actor, con el objetivo de determinar si existe o no la presunta vulneración ius-fundamental que se alega en el escrito de la demanda.

Respecto del estudio de subsidiaridad, se tiene que, en principio, el accionante podría acudir ante el mecanismo judicial creado por la Ley 1122 de 2007 ante la Superintendencia Nacional de Salud; sin embargo, la misma Corte ha reconocido que se trata de un trámite judicial que, si bien se creó con la intención de brindar una alternativa expedita y eficaz para la reclamación de este tipo de pretensiones, lo cierto es que aún cuenta con múltiples falencias en su estructura y desarrollo normativo que le han impedido ser considerado como un procedimiento que, dadas las complicadas condiciones de salud del solicitante –quien su diagnóstico de "FRACTURA DE TIBIA DISTAL-FÍSTULA EN PIERNA DERECHA"– y la expedita naturaleza de la protección que requiere–pues puede llegar a desarrollar bacterias como así lo indica; cuente con el suficiente nivel de eficacia como para inhabilitar la intervención del juez constitucional.

Finalmente, dada la situación del ciudadano, quien su diagnóstico de "FRACTURA DE TIBIA DISTAL-FISTULA EN PIERNA DERECHA", se encuentra acreditado el requisito de relevancia constitucional, pues se trata de un paciente a quien presuntamente se le han desconocido sus

requiere con necesidad, como ocurre, por ejemplo, cuando el acceso implica el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado". (Subrayas agregadas). Así también, en un caso resuelto por esta Corporación a través de Sentencia T-520 de 2012, en el que se discutía si la no realización de una cirugía a un paciente con cáncer de esófago dada la falta de disponibilidad de cupos en la IPS vulneraba su derecho a la salud, este tribunal concluyó que "(...) La EPS accionada, entonces, no podía excusarse en la falta de disponibilidad para dejar de prestarle un servicio de salud requerido al accionante, ya que estaba en capacidad de utilizar todos sus recursos para procurar que le practicaran efectivamente el procedimiento médico ordenado, y no se enfrentaba a un problema de disponibilidad de servicios insuperable e imprevisible. Aceptar lo contrario supondría admitir que la demandada podía refugiarse en su propia negligencia para dejar de prestar un servicio de salud requerido, y desconocer que la función básica de las EPS es garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud de sus afiliados". Por la misma razón, en Sentencia T-673 de 2017, esta Corte afirmó que "el Estado y los particulares vinculados a la prestación del servicio público de salud, deben facilitar su acceso en términos de continuidad, lo que implica que las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que comporten la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos internos o con las IPS contratadas, que impidan la finalización óptima de los tratamientos iniciados a los pacientes".

11 Cfr., Sentencias T-057 de 2009, T-320 de 2013 y T-433 de 2014. También, sobre el particular afirmó este tribunal en la Sentencia T-607 de 2016, que "(...) a toda persona que sea diagnosticada con cáncer se le deben garantizar los tratamientos que sean necesarios de manera completa, continua y, sin dilaciones injustificadas, de conformidad con lo prescrito por su médico tratante, así se evita un perjuicio irremediable en la salud y la vida del paciente".

12 Cfr., Sentencias T-469 de 2014, T-702 de 2007 y T-727 de 2011.

derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana, por las barreras administrativas que le ha impuesto la E.P.S.

En este orden de ideas, estima esta agencia que, si bien el derecho a la salud debe ser garantizado en óptimas condiciones, también los afiliados y pacientes tienen responsabilidades ante las E.P.S. e I.P.S. a fin de que los servicios requeridos sean prestados conforme a los mandatos constitucionales y legales. Cada una de las entidades promotoras y prestadoras del servicio de salud cuenta con una normativa para desarrollar, dirigida a todos los usuarios que gozan del acceso a los servicios de salud y sobre los cuales deben cumplir obligaciones en el ejercicio de su derecho.

En el caso de marras, se protegerá el derecho fundamental a la salud, del señor NEFER AVILIO CERVANTES DE LA ROSA, en atención al diagnóstico FRACTURA DE TIBIA DISTAL-FISTULA EN PIERNA DERECHA, y se ordenará a CAJACOPI E.P.S. S.A.S., programar el procedimiento objeto de la acción constitucional, realizar la preparación pre quirúrgica, y proceda a emitir a realizar la intervención quirúrgica CIRUGIA RECONSTRUCTIVA TIBIA DISTAL DERECHA MASQUELETE MAS COLGAJO FACIOCUTANEO TIBIA DERECHA-FISTULA EN PIERNA DERECHA en un término no superior a un mes calendario.

XI. RESUMEN O CONCLUSIÓN

Habida cuenta de los hechos y argumentaciones esbozadas anteriormente, se procederá a revocar la sentencia proferida en primera instancia, en consideración a que en el presente caso se evidenció la vulneración de los derechos fundamentales conculcados al no practicarle la cirugía requerida oportunamente, configurándose una vulneración a su derecho fundamental a la salud.

Por lo expuesto, el Juzgado Tercero Civil del Circuito Mixto de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. REVOCAR la sentencia de fecha veinte (20) de octubre dos mil veintitrés (2023), proferido por EL JUZGADO VEINTIUNO (21) DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela promovida por el señor NEFER AVILIO CERVANTES DE LA ROSA, quien actúa a través de Defensora Pública de la Defensoría del Pueblo Regional Atlántico, contra: CAJACOPI E.P.S. S.A.S., de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.
2. AMPARAR el derecho fundamental a la salud del señor NEFER AVILIO CERVANTES DE LA ROSA CC 77.020.473, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.
3. ORDENAR a CAJACOPI E.P.S. S.A.S., para que en el término improrrogable de dos (02) días, proceda a emitir a realizar consulta de ortopedia, preparación pre quirúrgica, que requiera el paciente, NEFER AVILIO CERVANTES DE LA ROSA CC 77.020.473, la cual determine la aptitud del paciente para la práctica de la intervención CIRUGIA RECONSTRUCTIVA TIBIA DISTAL DERECHA MASQUELETE MAS COLGAJO FACIOCUTANEO TIBIA DERECHA-FISTULA EN PIERNA DERECHA. En caso del

cumplimiento de las condiciones de salud del paciente, iniciar la preparación pre quirúrgica y proceda a programar la intervención quirúrgica CIRUGÍA RECONSTRUCTIVA TIBIA DISTAL DERECHA MASQUELETE MAS COLGAJO FAC IOCUTANEO TIBIA DERECHA-FISTULA EN PIERNA DERECHA, la cual deberá ser realizada en un término no mayor a un (01) mes, practicada por el médico tratante o un médico adscrito a la red prestadora del servicio adscrita a la entidad.

4. NOTIFÍQUESE esta providencia por el medio más expedito, es decir, por medio del correo electrónico ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co.
5. ENVÍESE a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Una vez sea devuelta, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LINETH MARGARITA CORZO COBA
JUEZA