

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO CIVIL CON CONOCIMIENTO EN PROCESOS LABORALES DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE GIRARDOTA**

Girardota, Antioquia, veinte (20) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Proceso	Acción de Tutela
Accionante	Luz Eugenia Foronda García
Afectado	Scott Monte Barofsky
Accionada	Nueva EPS
Radicado	0538-31-03-001- 2023-00140-00
Sentencia	S.G. 063 S.T. 028

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

De conformidad con lo dispuesto en el decreto 2591 de 1991, reglamentario de la tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, en la oportunidad legal correspondiente, procede este Despacho a proferir la sentencia que resuelva, en primera instancia, la acción de tutela interpuesta por **LUZ EUGENIA FORONDA GARCÍA** actuando como agente oficiosa del señor **SCOTT MONTE BAROFSKY**, en contra de la EMPRESA PROMOTORA DEL SERVICIO DE SALUD, denominada **NUEVA EPS S.A.**

2. ANTECEDENTES

2.1. De la protección solicitada

la señora Luz Foronda actuando como agente oficiosa del señor Scott Monte Barofsky, promovió acción de tutela en contra de la **NUEVA EPS S.A.**, solicitó la protección de los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y a la vida en condiciones dignas que considera le son vulnerados por dichas entidades.

Solicita en consecuencia que se ordene a LA NUEVA EPS a que preste de manera oportuna el servicio denominado CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN CIRUGIA GENERAL y que de una atención integral en salud a la patología que sufre, siendo esta "HIPERPLASIA DE PROSTATA".

Señala en los fundamentos fácticos que cuenta con 69 años de edad, está afiliado a la NUEVA EPS, que en consulta médica le fue ordenado el servicio arriba enunciado y que lleva 4 meses tratando de solicitar la cita, siendo imposible obtenerla lo que lo aleja de una prestación oportuna del servicio de salud, aunado a que sufre intensos dolores que disminuyen su calidad de vida.

Agrega que a la fecha se encuentra suspendido el tratamiento al no poder acudir a revisión con el especialista, tampoco puede ser medicado o intervenido quirúrgicamente y aún se tiene la incertidumbre de la degeneración de la enfermedad por lo que considera que la EPS le ha vulnerado sus derechos fundamentales.

2.2. El trámite

La tutela de la referencia fue admitida mediante auto del 06 de junio de 2023, en el cual se le previno a la accionada sobre la obligación de rendir informe relacionado con los hechos y pretensiones de la tutela en el término de dos días, so pena de la presunción de veracidad consagrada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

La diligencia de notificación, se efectuó el 07 de junio de 2023, vía correo electrónico.

Indica que la entidad que se encuentra revisando el caso para determinar las presuntas demoras en el servicio, asimismo se encuentran revisando los documentos aportados y una vez se emita el concepto remitirán al despacho respuesta complementaria, respecto de la consulta requerida, manifiestan que las IPS manejan su agenda de acuerdo a su capacidad y programación y en ese sentido, la entidad no ha vulnerado ningún derecho fundamental del afectado.

Frente al tratamiento integral invocado en la tutela, se oponen a que sea ordenado mediante tutela pues sería ordenar servicios futuros e inciertos, y respecto al recobro, que en caso de que se tutelén los derechos reclamados, se le autorice a efectuar el recobro del 100% ante el ENTE TERRITORIAL o ante la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES de los valores pagados en exceso de sus obligaciones legales, respecto de la accionante, especificando el término máximo concedido para efectuar el correspondiente reembolso.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Problema Jurídico

El problema jurídico a resolver en este asunto se contrae en determinar si existe o no omisión de la accionada NUEVA EPS, al no asignar y prestar el servicio de **CONSULTA DE PRIMERA VEZ CON ESPECIALISTA EN CIRUGIA GENERAL** requerido por el usuario **SCOTT MONTE BAROFSKY de 69 años de edad**, le vulnera los derechos fundamentales invocados. De igual manera, se analizará, la viabilidad de disponer el tratamiento integral que requiere para su diagnóstico de HIPERPLASIA DE PROSTATA, determinando si están satisfechos los requisitos jurisprudenciales establecidos para ello.

Para tal fin, se analizarán los presupuestos de eficacia y validez de la acción, sus generalidades, los derechos fundamentales invocados como vulnerados, los principios que orientan la prestación del servicio de salud, las reglas jurisprudenciales de la concesión de tratamientos no pos y atención integral.

3.2. De los presupuestos de eficacia y validez

Sobre este particular, se destaca que, acorde con lo establecido por el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, se radica en este Despacho la competencia para conocer de esta acción constitucional, si se tiene en cuenta que este municipio corresponde al del domicilio del accionante y donde se presenta la afectación de sus derechos, o se generan sus efectos hace parte de este circuito judicial.

Se cumplen también las reglas de reparto de que trata el decreto 1382 de 2000, en consideración a la naturaleza jurídica de la entidad accionada, si se tiene en cuenta que NUEVA EPS, es una Empresa Prestadora del Servicio de Salud de naturaleza mixta, del orden departamental.

3.3. Generalidades de la Tutela

Como mecanismo excepcional, subsidiario y transitorio, tenemos que el artículo 86 de la Constitución Nacional, consagra la Acción de Tutela como un procedimiento preferente y sumario para la protección de los derechos constitucionales fundamentales cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de autoridades públicas o de los particulares, respecto de los cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los Jueces, a efectos de lograr la protección de los mismos.

De esta disposición constitucional se deduce que la tutela tiene como dos de sus caracteres distintivos esenciales los de la subsidiariedad y la inmediatez; el primero por cuanto tan solo resulta procedente instaurar la acción cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se promueva como mecanismo transitorio, para evitar un “perjuicio irremediable”, que sea inminente, grave y de tal magnitud que requiera de medidas urgentes e impostergables; el segundo puesto que no se trata de un proceso sino de un remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad, concreta y actual del derecho sujeto a violación o amenaza.

3.4. De los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

Derecho a la vida digna: Consagrado en el Artículo 11 de la Constitución Política cuando expresa:

“Artículo 11: El derecho a la vida es inviolable, no habrá pena de muerte”.

Este derecho se sintetiza como la posibilidad de desarrollar una vida auténticamente humana, vinculada y participando en grupos de convivencia social en donde se respete el valor fundamental de ser persona y se le permita crecer como corresponde a su misma dignidad, sin ningún tipo de discriminación, manipulación o violación de sus derechos humanos.

3.5. Derecho a la salud. Reiteración de jurisprudencia (Sentencia T-423-2019)

El derecho a la salud está consagrado en el artículo 49 superior y ha sido interpretado como una prerrogativa que protege múltiples ámbitos, tales como la vida, la dignidad humana y la seguridad social, entre otros.

En numerosas oportunidades^[45] y ante la complejidad de los requerimientos de atención en los servicios de salud, la jurisprudencia constitucional se ha referido a sus dos facetas principales: por un lado, su reconocimiento como derecho fundamental y, por el otro, **su carácter de servicio público**.

En cuanto a la primera faceta, este derecho ha sido objeto de un proceso de evolución a nivel jurisprudencial^[46] y legislativo^[47], cuyo estado actual implica su categorización como derecho fundamental autónomo. Para tal efecto, en la **Sentencia T-760 de 2008**^[48] se le concede esta naturaleza, por su estrecha relación con el principio de la dignidad humana, por su vínculo con las condiciones materiales de existencia de las personas y por su condición de garante de la integridad física y moral de los individuos.

En lo que respecta a su última faceta, el servicio de salud debe ser prestado conforme a la ley, de manera oportuna, eficiente y con calidad, en atención a los principios de continuidad, integralidad e igualdad.

Ahora bien, en aras de asegurar la eficacia del derecho a la salud en sus dos aspectos descritos, fue expedida la Ley Estatutaria 1751 de 2015 que consagró este derecho: (i) de un lado, como fundamental y autónomo; (ii) como derecho irrenunciable en lo individual y en lo colectivo; y de otro, (iii) como servicio público esencial obligatorio, que debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud, cuya ejecución se realiza bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado^[49].

En efecto, la Ley estatutaria estableció una serie de principios que están dirigidos a la realización del derecho a la salud, en los que se destacan entre otros, los siguientes: universalidad, *pro homine*, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia, e interculturalidad^[50].

Adicionalmente, el Legislador estatutario estableció una lista de obligaciones para el Estado en la Ley 1751 de 2015^[51], cuya lectura no puede realizarse de forma restrictiva, pues responde al mandato amplio del deber del Estado de adoptar medidas de respeto, protección y garantía del derecho a la salud. Estos deberes incluyen dimensiones positivas y negativas.

En cuanto al derecho fundamental a la salud, la Corte ha destacado que este involucra el respeto por los principios de disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y la calidad e idoneidad profesional. En particular, la Corte ha dicho lo siguiente sobre cada uno de ellos:

(i) Disponibilidad: implica que el Estado tiene el deber de garantizar la existencia de medicamentos esenciales, agua potable, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías, instituciones de salud y personal profesional competente para cubrir las necesidades en salud de la población^[55];

(ii) Aceptabilidad: hace referencia a que el sistema de salud debe ser respetuoso de la diversidad de los ciudadanos, prestando el servicio adecuado a las personas en virtud de su etnia, comunidad, situación sociocultural, así como su género y ciclo de vida^[56];

(iii) Accesibilidad: corresponde a un concepto mucho más amplio que incluye el acceso sin discriminación por ningún motivo y la facilidad para obtener materialmente la prestación o suministro de los servicios de salud, lo que a su vez implica que los bienes y servicios estén al alcance geográfico de toda la población, en especial de grupos vulnerables. De igual manera, se plantea la necesidad de garantizar a los usuarios el ingreso al sistema de salud con barreras económicas mínimas y el acceso a la información^[57].

(iv) Calidad: se refiere a la necesidad de que la atención integral en salud sea apropiada desde el punto de vista médico y técnico, así como de alta calidad y con el personal idóneo y calificado que, entre otras, se adecue a las necesidades de los pacientes y/o usuarios^[58].

39. En conclusión, el derecho a la salud: (i) es fundamental, autónomo e irrenunciable; (ii) como servicio público esencial obligatorio debe ser prestado a la luz de importantes principios como el de oportunidad y eficacia y bajo la dirección y coordinación del Estado; (iii) se articula bajo los principios *pro homine*, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia e interculturalidad; (iv) implica la adopción de medidas por parte del Estado para su realización, específicamente, en su dimensión prestacional positiva y negativa; y (v) se rige por los principios de disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad.

3.6. Principios que orientan la prestación del Servicio de Salud, según la Ley 1751 de 2015.

Según la Ley 1751 del 16 de febrero de 2015, la salud es un derecho fundamental autónomo; esto implica que el acceso a los servicios de salud, debe ser de manera oportuna, eficaz y con calidad; siendo principios esenciales del derecho fundamental a la salud, la disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad, calidad e idoneidad profesional, universalidad, favorabilidad, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, sostenibilidad, solidaridad, eficiencia, interculturalidad, y protección a pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.

De lo anterior se desprende que la prestación de los servicios y tecnologías en salud deben proveerse sin dilaciones y que nadie está obligado a padecer enfermedades que puedan recibir tratamiento.

Por ende, las EPS, tanto del régimen contributivo, como del régimen subsidiado, deben garantizar la prestación del servicio en forma oportuna, eficaz y con calidad, y por consiguiente, si el derecho a la salud no es garantizado bajo esos principios, se constituye este hecho en un obstáculo al acceso y en tal medida, desprotege el derecho a la salud de quien requiere un servicio. Es entonces una obligación de las entidades encargadas, articular los servicios de forma que garantice un acceso

efectivo a ellos, garantizar la calidad de los servicios de salud, y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario.

Vale la pena anotar, que la citada ley en su artículo 15 párrafo 1, estableció un plazo de 2 años para fijar los mecanismos técnicos con el objetivo de determinar explícitamente las exclusiones al PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD (PBS) el cual reemplazó al PLAN OBLIGATORIO DE SALUD (POS), tales como: tratamientos cosméticos, medicamentos sin evidencia de efectividad, los no autorizados por el Invima y los que estén en fase de experimentación; lapso de tiempo que venció el pasado 16 de febrero de 2017, lo que conlleva a tener en cuenta lo prescrito en la citada disposición.

El PBS está descrito en la resolución 6408 de 2016, norma que contiene, al igual que lo hacía el POS, una lista expresa de servicios de salud, que se financian con la unidad de pago por capitación. Ahora, los médicos sólo pueden formular servicios de salud incluidos en el PBS, pero si requieren algún servicio de salud No PBS (antes No POS), la resolución 5884 de 2016 les impone usar la herramienta MIPRES, diseñada por el MINSALUD, software que, a través de unos parámetros tecnológicos, “aconducta” a los médicos para que no ordenen servicios no incluidos en el PBS. Es decir, la autorización que antes hacía el Comité Técnico Científico (CTC) fue reemplazada por los parámetros del software del MIPRES, de manera que el Ministerio, sutilmente, controlará lo que prescriban los profesionales de la salud.

Ahora bien, si el médico definitivamente decide formular algo que no encaja en el PBS, bien porque se trate de servicios de salud complementarios, como un colchón antiescaras para un parapléjico, o suplementos nutricionales, o porque va a prescribir un medicamento cuyo uso no corresponda al registro sanitario, se aplica un control a través de la Junta de Profesionales de la Salud (JPS), similar a los antiguos CTC, la cual decide la pertinencia de la prescripción del servicio. Cabe precisar que la única diferencia de las JPS con los CTC es que operan en las IPS y no en las EPS, como ocurría antes.

3.8.- Sobre la dilación de la prestación del servicio por trámites administrativos:

En relación con el derecho de acceder a los servicios de salud que se requieran y los procesos administrativos, en sentencia T-384 de 2013, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

(...)No obstante, el contenido esencial del derecho a la salud incluye el deber de respetar, que consiste en evitar cualquier injerencia directa o indirecta en el disfrute de máximo nivel de salud posible, de conformidad con el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asimismo de tal derecho se deriva la obligación para las entidades que integran el Sistema de Salud de abstenerse de imponer a sus usuarios obstáculos irrazonables y desproporcionados en el acceso a los servicios que requieren. Por lo tanto, la regla de acuerdo con la cual toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud que se requieren con necesidad, debe ser

observada por las entidades que integran el Sistema, especialmente EPS e IPS, con la finalidad de ofrecer a sus usuarios atención en salud eficiente, oportuna y con calidad, y que no existan para ellos trabas que afecten el goce efectivo de su derecho fundamental”.

En cuanto a los términos excesivos y trámites administrativos que se trasladan de las E.P.S. y las I.P.S. a los usuarios, en sentencia T-234 de 2013, esta misma Corporación indicó:

“Uno de los contenidos obligacionales de la prestación de los servicios de salud que corresponde al Estado, hace referencia a que este servicio público esencial sea proporcionado en forma ininterrumpida, oportuna e integral; razón por la que las justificaciones relacionadas con problemas presupuestales o de falta de contratación, así como la invención de trámites administrativos innecesarios para la satisfacción del derecho a la salud, constituyen, en principio, no solo una vulneración al compromiso adquirido en la previsión de todos los elementos técnicos, administrativos y económicos para su satisfacción, sino también un severo irrespeto por esta garantía fundamental.

Por este motivo, las Entidades Promotoras de Salud, al tener encomendada la administración de la prestación de estos servicios, que a su vez son suministrados por las IPS, no pueden someter a los pacientes a demoras excesivas en la prestación de los mismos o a una paralización del proceso clínico por razones puramente administrativas o burocráticas, como el cambio de un contrato médico. En efecto, cuando existe una interrupción o dilación arbitraria, esto es, que no está justificada por motivos estrictamente médicos, las reglas de continuidad y oportunidad se incumplen y en consecuencia, al prolongarse el estado de anormalidad del enfermo y sus padecimientos, se desconoce el derecho que tiene toda persona de acceder en condiciones dignas a los servicios de salud.

4. EL CASO CONCRETO

Conforme se dejó expuesto, la acción de tutela incoada a favor del señor SCOTT MONTE BAROFSKY con 69 años de edad, se orienta a que se protejan sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, ordenándosele a la **NUEVA EPS**, que presten sin más dilaciones el servicio de CONSULTA DE PRIMERA VEZ CON ESPECIALISTA EN CIRUGIA GENERAL, asimismo, que se brinde el tratamiento integral para la patología que sufre, siendo esta HIPERPLASIA DE LA PRÓSTATA.

A este respecto, obra constancia en el expediente, que el afectado tiene de 69 años de edad, se encuentra en estado activo en el régimen contributivo como cotizante y vinculado a la NUEVA EPS, información que se obtuvo de consultar la página web del ADRES y que se constata en los documentos aportados con el escrito de tutela, además de ello, también se demostró que presenta un diagnóstico principal de HIPERPLASIA DE LA PRÓSTATA, según lo escribe el especialista tratante, y que, para preservar su calidad de vida, le fue ordenado el servicio de CONSULTA DE PRIMERA VEZ CON ESPECIALISTA EN CIRUGIA

GENERAL, y que, a la fecha no ha sido programado, pausando su tratamiento y disminuyendo su calidad de vida, debido a los dolores que viene padeciendo.

Con la contestación de la tutela, la Nueva EPS indicó que no ha vulnerado ningún derecho fundamental del señor Monte toda vez que ha cumplido con autorizar todos los servicios requeridos, asimismo se opuso al tratamiento integral solicitado, y solicita que si la presente acción de tutela concede los derechos invocados, que se ordene el recobro del 100% de los servicios que se ordene prestarles al afectado.

Por lo anterior, es claro que el señor MONTE es una persona ENFERMA y DIGNA DE ESPECIAL PROTECCION, y así se evidencia en el material probatorio allegado con el escrito de tutela, y en ese sentido, nos encontramos ante una omisión de la NUEVA EPS, ya que a la fecha no le ha sido efectivizado el servicio de CONSULTA DE PRIMERA VEZ CON ESPECIALISTA EN CIRUGIA GENERAL, estando pendiente desde hace más de 4 meses, por lo que no puede olvidar la accionada con esta actitud omisiva y abusiva, el compromiso que asumió cuando decidió constituirse en empresa prestadora o promotora de salud que cumplir con lo establecido en el PBS es lo mínimo que debe prever y garantizar a sus afiliados, por lo que no puede excusarse en que verificará el caso y determinara que pasa con lo requerido; quedando demostrada su conducta omisiva sobre la cual se edifica la vulneración de los derechos fundamentales del señor SCOTT MONTE BAROFSKY.

De lo anterior, la Nueva EPS, está en la obligación de brindar los servicios de salud hasta que cumpla su fin esencial, es decir, hasta la materialización de los mismos y procurando el restablecimiento de la salud de la afectada. Por lo que se concluye entonces que la tutela será concedida para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, la NUEVA EPS, **si aún no lo hecho, programe y efectivice el servicio de, CONSULTA DE PRIMERA VEZ CON ESPECIALISTA EN CIRUGIA GENERAL** ordenada por el médico tratante y que requiere el señor **SCOTT MONTE BAROFSKY**.

De cara a la jurisprudencia ya reseñada, también se accederá a la pretensión de TRATAMIENTO INTEGRAL al diagnóstico principal de **HIPERPLASIA DE LA PROSTATA**, que viene sufriendo el afectado, como quiera que las especificidades del caso lo ameritan, en el entendido de que se le viene disminuyendo su calidad de vida, poniéndolo en riesgo de que la enfermedad avance si no se le presta los servicios de salud oportunamente, y por ello, va a requerir un conjunto de prestaciones en salud para esa específica patología que deberán prestársele sin demora alguna y se entenderán cubiertos por la orden en que en esta sentencia se imparte, máxime cuando se ha advertido que dicha patología requiere de un tratamiento continuo y sin interrupción.

Finalmente, en lo que tiene que ver con el recobro ante el SSSG-ADRES tal y como en varias oportunidades lo ha manifestado la Sala Civil del Honorable Tribunal de Medellín, dicho tema no corresponde a la acción de tutela, por cuanto la ley ya tiene dispuesto el trámite que debe realizar la EPS, administrativamente

y llegado el caso, judicialmente. En consecuencia, no se hace necesario adoptar decisión al respecto, porque se trata de un tema sobre el cual existen a disposición de sus legitimarios, los recursos o medios ordinarios para hacerlos valer.

En mérito de lo expuesto, y sin que sean necesarias consideraciones adicionales, el **JUZGADO CIVIL CON CONOCIMIENTO EN PROCESOS LABORALES DEL CIRCUITO JUDICIAL DE GIRARDOTA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: TUTELAR los derechos a la salud y la vida en condiciones dignas de del señor **SCOTT MONTE BAROFSKY con C.E. 5995996 USA**, vulnerados por la EMPRESA PROMOTORA DE SALUD, **NUEVA EPS S.A.**, frente al servicio de **CONSULTA DE PRIMERA VEZ CON ESPECIALISTA EN CIRUGIA GENERAL**.

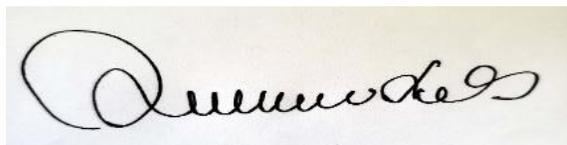
SEGUNDO: ORDENAR, en consecuencia, al representante legal de la **NUEVA EPS S.A.**, o quien haga sus veces que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia **si aún no lo hecho**, programe y **efectivice el servicio de CONSULTA DE PRIMERA VEZ CON ESPECIALISTA EN CIRUGIA GENERAL** ordenada por el médico tratante y que requiere **SCOTT MONTE BAROFSKY con C.E. 5995996 USA.**, así como **EL TRATAMIENTO INTEGRAL**, del diagnóstico **HIPERPLASIA DE LA PROSTATA**.

TERCERO: Adviértase a la entidad accionada, que el incumplimiento a la orden que antecede le hará acreedora a las sanciones previstas por el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, previo el trámite del respectivo incidente.

CUARTO: Notificar, por el medio más expedito, la presente decisión a todas las partes, advirtiéndole de los recursos que proceden frente a la misma, al tenor de los artículos 30 y 31 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: REMITIR a la Corte Constitucional para su eventual revisión, al día siguiente a la ejecutoria del mismo, el presente fallo si no fuere impugnado, tal como lo establece el artículo 31 del citado decreto. Culminado el trámite anterior, Archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**DIANA MILENA SABOGAL OSPINA
JUEZ**