REPUBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



Palmira (V.), tres (3) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Sentencia TUTELA 2^a. Instancia No. <u>26</u> Rad. 76-520-41-89-001-**2021-00196**-01

OBJETO DE LA PROVIDENCIA:

Procede el despacho a resolver el **RECURSO DE IMPUGNACIÓN** presentado por la entidad accionada **COMFENALCO EPS** contra la **sentencia N° 060 del 16 de abril de 2021** proferida por el **Juzgado Primero de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Palmira**, Valle del Cauca, dentro de la ACCIÓN DE TUTELA formulada por el señor **DAVID PACHÓN RUIZ** como agente oficioso de su hija **ITZEL TATIANA PACHÓN TOVAR** identificada con la cedula de ciudadanía No. 1.006.054.857, contra la **COMFENALCO EPS**. Asunto al cual fueron vinculados el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (SGSSS) – ADRES y SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS

El accionante solicita que a su hija ITZEL TATIANA PACHÓN TOVAR le sean amparados los derechos fundamentales a la SALUD, VIDA DIGNA y al DEBIDO PROCESO.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Mediante el escrito de tutela, tiene como fundamento los hechos siguientes:

¹ ítem 8, Pág. 147-154 Índice del expediente

El agente oficioso da a conocer que su hija ITZEL TATIANA PACHÓN TOVAR padece de EPILEPSIA TIPO NO ESPECIFICADA, Tipo principal, Confirmado repetido, INCONTINENCIA URINARIA, NO ESPECIFICADA, Relacionado. PARAPLEJIA ESPÁSTICA, GASTRONOMÍA, SÍNDROME DE INMOVILIDAD (PARAPLÉJICO) e INCONTINENCIA FECAL, síndrome de West, cuadriplejia espástica, retardo severo en el desarrollo psicomotor, escoliosis dorsolumbar severa, usuaria de gastrostomía, Asma parcialmente controlada. Problemas inmovilidad crónica usuaria de gastrostomía.

Igualmente menciona que el médico tratante le ha ordenado pañal adulto talla m, 8 cambios al día, 240 para 30 días, 1440 para 180 días, baclofeno 10 mg/1U cantidad 360 para 180 días cada 12 horas, óxido de zinc 25 g/100g/ ungüento 1 dosis, tópica para 180 días cantidad 12 frascos.

Adujo que a la fecha de presentar la acción de tutela no han autorizado para el cuidado y mejoría el óxido de zinc 2 frascos de 500 mg, enjuague bucal sin alcohol 2 frascos 250 mg, coregas crema tubo 40 mg, corega tabs 60 tabletas, necesaria para placa neuromiorelajante para el bruxismo, pañitos húmedos Winni Gold 300 al mes, Biocalcio con vitamina D efervescente 30 sobres, poniendo en riesgo la salud y vida, continuando latente la vulneración de los derechos fundamentales invocados por parte de COMFENALCO a su hija.

LAS RESPUESTAS DE LOS ACCIONADOS

3.1 El **COMFENALCO EPS**, en su contestación solicita se declare improcedente la acción de tutela por no vulnerar o amenazar derecho fundamental alguno de la actora, además que los pañales que reclama ya fueron entregados, que en varias ocasiones en comunicación con la mama de la accionante parea el cambo de prestador del servicio, debido a la liquidación de MEDIMAS y traslado de usuarios a EPS COMFENALCO, pues el prestador del servicio no es MESSER sino MEDITED, quien no ha accedido a ello es la actora, la falta de diligenciar se deriva de actitud negativa de la progenitora de la actora de aceptación del cambio del prestador del servicio.

Frente a los demás pedimentos de ITZEL TATIANA como productos de aseo, cuidado e higiene personal no evidencia formula médica por parte del prestador adscrito a la EPS, productos que no hacen parte de algún tipo de tratamiento médico, adjuntas

certificado de aportes de los últimos 6 meses, evidenciando un IBC de \$2.900.000, lo que es suficiente para sufragar los productos de aseo, copagos y demás pretensiones.

- 3.2. Por su parte la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ADRES**, solicitó a través de apoderado judicial su desvinculación de la presente acción de tutela, por no haber violado derecho fundamental alguno a la agenciada.
- 3.3. El **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** en su contestación solicita su desvinculación argumentando que de sus funciones no hay ninguna vulneración de derechos fundamentales y por el contrario ha velado por el cumplimiento irrestricto de las obligaciones en salud respecto de los afiliados cuando estos se lo hagan saber.
- 3.4. Los otros vinculados dan a conocer falta de legitimación en la causa por pasivas y solicitan sean desvinculados del presente tramite tutelar.

EL FALLO RECURRIDO

El señor Juez en su sentencia (Ítem 8 del índice, Fls. 147-154, del expediente digitalizado), observó que la accionante padece una serie de patologías complejas que afectan su calidad de vida, como ya se dijo, haciéndose dependiente de tratamientos e insumos médicos que pretenden mejorar su calidad de vida y salud, lo que está respaldado con su historia clínica, además, que junta médica conceptuó la necesidad y pertinencia de los siguientes insumos para el cuidado, mejoría y calidad de vida de la accionante "Oxido de Zinc 2 frascos de 500 mg, enjuague bucal sin alcohol 2 frascos de 250 mg, corega crema tuvo 40 mg y corega tabs 60 tabletas necesaria para la placa neuromiorelajante que tiene para el bruxismo, pañitos húmedos Winnie Gold 300 al mes, biocalcio con vitamina D efervescente 30 sobres.

En cuanto a la prescripción de los insumos relacionados, la EPS Comfenalco justifica su negativa argumentando que algunos de esos son de cuidado e higiene personal que no está a cargo de la EPS, la actora cuenta con IBC certificado correspondiente a \$2.900.000 considerando suficiente para sufragar los gastos de insumos que requiere la enfermedad de la paciente, exonerándolos de dicho suministro. De otro lado, utiliza la justificación de falta de voluntad de la madre de la accionante en hacer el cambio de prestador de servicio para negar los tratamientos médicos ordenandos por personal

de salud encargado de analizar el estado de la paciente. Además, su defensa la justifica en la carencia de orden medica de los que pretende con esta acción, sin tener en cuenta que existen ordenes medicas vigentes hasta por seis meses desde el 30 de diciembre de 2020, y el IBC reportado no es prueba suficiente para demostrar la capacidad económica de la actora, no se comprobó ni siquiera la del núcleo familiar de la paciente para cubrir los copagos.

Por la exposición anterior, no acogió la tesis de la EPS accionada, las razones administrativas que ocasionaron dilaciones injustificadas en entrega de insumos médicos, no pueden argüirla para no autorizarlos y retrasar el tratamiento de la paciente con enfermedad catastrófica. Por ende ordeno en favor de la accionante el tratamiento integral de su patología, implicando que Comfenalco EPS debe autorizar sin dilaciones el suministro de todo el tratamiento, medicamentos, intervenciones, terapias, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y en general cualquier servicio PBS o no PBS cada vez que el médico tratante lo considere. Para el mejoramiento de su calidad de vida, ordenando por parte de la EPS Comfenalco la entrega de los insumos tales como "Oxido der Zinc 2 frascos de 500 mg, enjuague bucal sin alcohol 2 frascos de 250 mg, corega crema tuvo 40 mg y corega tabs 60 tabletas necesaria para la placa neuromiorelajante que tiene para el bruxismo, pañitos húmedos Winnie Gold 300 al mes, biocalcio con vitamina D efervescente 30 sobres.

LA IMPUGNACIÓN

La parte accionada COMFENALCO EPS impugnó la sentencia ya referenciada, solicitando al Juzgador de Segunda Instancia revocar la decisión adoptada por el A quo, en lo concerniente a la no exoneración de las cuotas moderadoras y copagos de la paciente.

CONSIDERACIONES

LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA: Se cumple por activa en la menor ITZEL TATIANA PACHÓN TOVAR a cuyo favor, a través de esta acción constitucional prevista en el artículo 86, se busca la protección de varios de sus derechos fundamentales inherentes a su condición humana. Por la parte pasiva radica la legitimación en COMFENALCO EPS, por ser la entidad prestadora de salud, a la cual se encuentra afiliada la accionante. Lo están los demás entes vinculados por razón de su participación en el funcionamiento del sistema de salud.

LA COMPETENCIA: Le asiste al despacho de conformidad con el artículo 1° del decreto 333 de 2020, en atención al factor funcional.

LOS PROBLEMAS JURÍDICOS: Corresponde a esta instancia determinar: ¿si es procedente **revocar** la sentencia de primera instancia en lo que fue objeto de recurso por la entidad accionada? A lo cual se responde en forma **positiva**, conforme las siguientes apreciaciones.

1. De acuerdo con la norma Constitucional, principalmente el art. 48, se advierte que la seguridad social es un servicio público, obligatorio, sujeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, es un derecho irrenunciable, y se prevé que su ampliación se haga de manera progresiva.

Acogiendo el precedente se tiene que la tutela, concebida como una acción constitucional, es el instrumento que en su finalidad busca la protección concreta e inmediata de los bienes jurídicos denominados derechos fundamentales de carácter constitucional, cuando son vulnerados o amenazados por acción u omisión de cualquier entidad, sea pública o privada; que al estar contenidos en una disposición de superior jerarquía cuentan con una protección reforzada, en cuanto a los demás derechos y garantías sociales, ya que, su aplicación y ejercicio se hace por vía directa ligado inescindiblemente a su condición de norma vinculante que, son tutelables por vía ordinaria o por medio del acción de amparo².

Ahora bien, es necesario recordar las múltiples formas de manifestación del derecho a la salud, dentro de las cuales encontramos el carácter fundamental que tiene la continuidad en los tratamientos de salud y la protección que merecen los sujetos que gozan de especial protección constitucional³, elemento este último que resulta pertinente para la solución del caso objeto de estudio, toda vez que la accionante es una mayor de edad, pero con múltiples patologías catastróficas⁴, siendo sujeto de especial protección constitucional, pues la paciente ITZEL TATIANA PACHÓN TOVAR presenta SÍNDROME DE WEST, considerada como ENCEFALOPATÍA EPILÉPTICA. (ver folio 1, Ítem 2, índice. Expediente Digital).

A ello se suma el entendimiento de la Corte Constitucional quien tiene dicho que "la Atención primordial que demandan las personas que ostentan la calidad de sujetos de

² Cfr. Chichilla Herrera, Tulio Elí. Que son y Cuáles son los derechos fundamentales. Temis Bogotá. 1999.

³ Corte Constitucional. Sentencia T- 898 de 2010

⁴ Su cédula de ciudadanía a Pág. 7, Ítem 1, expediente 1^a Instancia así lo reporta

Rad. 76-520-41-89-001-2021-00196-01

especial protección constitucional, impone al juez constitucional la obligación de tomar medidas en beneficio de la efectividad de dicha protección especial. Así, entre mayor sea la desprotección de estos sujetos, mayor debe ser la eficacia de las medidas de defensa que se tomen, en aras de consolidar los principios rectores del Estado Social de Derecho⁵.

2. En orden a decidir este recurso de impugnación y en atención a los planteamientos expuestos por las partes se observa que ellas coinciden y así se corrobora con la historia clínica de la paciente quien tiene diagnosticada una enfermedad (SÍNDROME DE WEST), la que a su vez le genera otras afectaciones en su salud.

3.Con relación al tema de la continuidad en la prestación del servicio de salud cabe recordar que la Corte Constitucional ha dicho⁶ que es "[...] el derecho a la prestación continúa, permanente y sin interrupciones, de los servicios de atención médica y de recuperación de la salud⁷, en el marco del principio de eficiencia del Sistema de Seguridad Social en Salud8", con el propósito de "garantizar la efectividad de los derechos fundamentales a la salud⁹ y a la vida digna".

Al respecto se aprecia que este es un fundamento central en la cual se apoyó el juzgado de instancia para conceder el amparo constitucional, el cual resulta razonable en cuanto que se trata asegurar que no cese la prestación del servicio de salud requerido, que sí se ha venido prestando por cierto en la EPS COMFENALCO. Es decir, acorde con la revisión de la historia clínica allegada, no estamos ante un caso de negación del servicio, sino de amenaza en su prestación, lo cual también se puede tutelar al tenor del artículo 86 constitucional.

Ahora bien, frente a que la actora debe aceptar el servicio de la IPS a quien la EPS COMFENALCO tenga en su red de prestadores, debe de ser, ello no impide ignorar de un mandato legal y jurisprudencial constitucional acorde al cual la libertad de escogencia de la IPS por parte de los beneficiarios y afiliados de una EPS, no es absoluta, sino restringida a la red de prestadores contratadas por ésta última. Es de

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-799 de 2006

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-799 de 2006

⁷ Sentencia T-263 de 2009. Luís Ernesto Vargas Silva

⁸ Sentencias T-837 de 2006, T-672 de 2006, T-335 de 2006, T-922 de 2005, T-842 de 2005, T-573 de 2005, T-568 de 2005, T- 128 de 2005, T-442 de 2003, T-1198 de 2003, T-308 de 2005, entre otras

⁹ De conformidad con el artículo 1° de la Ley 100 de 1993, el principio de eficiencia implica "la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente.

doble sentido por cuanto por su lado la EPS tiene la facultad de escoger a que IPS contrata para conformar se red de prestadores. Ha dicho así la Corte Constitucional:

Sentencia T-145 de 2013 M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB¹⁰

"La libertad de escogencia es un principio rector y característica esencial del Sistema de Salud Colombiano, establecido en la Ley 100 de 1993 y desarrollado ampliamente por esta Corporación. El artículo 153 de la Ley 100 de 1993 lo consagra como la facultad de escoger en cualquier momento la Entidad Promotora de Salud (EPS) y las instituciones prestadoras de servicios (IPS) que pertenezcan a la red de las EPS, encargadas de prestar los servicios de salud. El principio de libertad de escogencia, característica del Sistema de Seguridad Social en Salud, no es solo una garantía para los usuarios sino que es un derecho que debe ser garantizado por el Estado y todos los integrantes del sistema. De tal modo que la libertad de escogencia es un derecho de doble vía, pues en primer lugar, es una facultad de los usuarios para escoger tanto las EPS a las que se afiliarán para la prestación del servicio de salud, como las IPS en las que se suministrará la atención en salud y en segundo lugar, es una potestad de las EPS de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y el tipo de servicios que serán objeto de cada uno.".

"El alcance del derecho del usuario de escoger libremente la IPS que prestará los servicios de salud está limitado, en principio, a la escogencia de la IPS dentro de aquellas pertenecientes a la red de servicios adscrita a la EPS a la cual está afiliado, con la excepción de que se trate del suministro de atención en salud por urgencias, cuando la EPS expresamente lo autorice o cuando la EPS esté en incapacidad técnica de cubrir las necesidades en salud de sus afiliados y que la IPS receptora garantice la prestación integral, de buena calidad y no existan afectaciones en las condiciones de salud de los usuarios."

Prosiguiendo, en lo referente al suministro de los insumos Oxido de Zinc 2 frascos de 500 mg, enjuague bucal sin alcohol 2 frascos de 250 mg, corega crema tuvo 40 mg y corega tabs 60 tabletas necesaria para la placa neuromiorelajante que tiene para el bruxismo, prescritos a la paciente ITZEL TATIANA PACHÓN TOVAR, relacionado sen el punto 6 de la tutela, aún no entregados bajo el argumento de no haberse orden de médico tratante, y no ser ello una función de la EPS, se debe expresar que no resulta procedente acceder a ello toda vez que son productos no catalogados como de salud, como lo plantea la defensa de la parte accionada, por eso se debe examinar la capacidad económica del accionante, de modo que si una persona pobre debe recibir el apoyo estatal.

Al efecto el anexo allegado por esa entidad indica que el padre de la paciente devenga poco menos de 3 millones de pesos al mes. A su vez el memorial de tutela reporta que viven en el barrio Parques de la Italia, lo cual permite pensar, que si bien no es una familia adinerada, sí tienen la capacidad suficiente para asumir el costo de los

 $^{^{10}}$ En el mismo sentido y del mismo magistrado obra la sentencia T-171 de 2015

insumos mencionados, máxime cuando se le han brindados otros servicios de salud, incluido el servicio de home care.

EL AMPARO INTEGRAL. Se pasa a considerar este tema habida cuenta que en las pretensiones 1 y 3 del memorial de tutela se pide que bajo la figura de los **derechos adquiridos**, se ordene a COMFENALCO EPS el cumplimiento de lo ya dispuesto por otros jueces en sendas tutelas presentadas en Cali, falladas en favor de la señorita ITZEL TATIANA PACHÓN.

Ante estas peticiones, previa revisión del expediente se encuentra que en efecto por motivo de síndrome que presenta la hija del señor Pachón, cuando estaba adscrita a otras EPS hubo de instaurar unas tutelas falladas v.gr. por el Juzgado Primero Civil Municipal de Cali, por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cali, Treinta y Cinco Civil Municipal de la misma ciudad en las cuales se le ordenó el suministro de unos insumos, incluso **mediante sentencia 79 del 19 de noviembre de 2003 el Juzgado 5**Civil del circuito de Cali, le concedió el amparo integral. Ahora el punto de debate es que en este año, mediante auto el juzgado 1 civil municipal de Cali, aduce que una cosa juzgada y el accionante plantea que por ser otra la EPS de su hija, lo cual ocurrió no por traslado, sino extinción de la anterior EPS, no se está haciendo cumplir dichos fallos. Es decir el problema jurídico a determinar es si a la nueva entidad se le hacen o no extensivos los efectos del fallo de tutela

Al respecto esta instancia se permite recordar que los efectos y ordenes dadas en esas mencionadas sentencias no caducan, ni pierden fuerza por que la usuaria haya pasado a pertenecer a otra EPS, por extinción de la anterior, planteamiento que no originario de este juzgado, sino que se sigue en ello lo dicho por la máxima autoridad en la materia como lo es la Corte Constitucional en **sentencia T-681 de 2014 M.P. JORGE IVÁN PALACIO** al ocuparse del tema en asunto similar, es decir en un asunto en el cual por haber habido cambio de la entidad prestadora de salud, se cuestionaba si ello obliga o no a la nueva prestadora, sostuvo esa autoridad judicial que sí persiste el fallo de tutela:

"El artículo 1º del Decreto 055 de 2007[9], dispone como objetivo central el de "establecer las reglas para garantizar la continuidad del aseguramiento y la prestación del servicio público de salud a los afiliados y beneficiarios del régimen contributivo, cuando a una entidad promotora de salud, cualquiera sea su naturaleza jurídica, se le revoque la autorización de funcionamiento para administrar el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud o sea intervenida para liquidar por la Superintendencia Nacional de Salud. Igualmente, aplicará a las entidades públicas y a las entidades que fueron autorizadas como entidades

adaptadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuya liquidación sea ordenada por el Gobierno Nacional y a aquellas entidades que adelanten procesos de liquidación voluntaria".

A su turno, el numeral 2º del artículo 4º del mencionado decreto consagra que la entidad promotora de salud objeto de la medida que revoca la autorización de funcionamiento decidirá a cual institución deben ser trasladados los afiliados, decisión que debe adoptar y comunicar a la entidad receptora en un término de 4 meses, plazo en el cual deberá implementar los medios para realizar los procedimientos de salud que se encuentren aun pendientes y autorizados, por lo que esta última, debe garantizar la prestación del servicio a partir del momento en que se haga efectivo el traslado (numeral 3º)[10].

Sobre este punto la Corte ha sostenido que los afiliados al sistema no pueden verse afectados por los inconvenientes de carácter presupuestal que atraviesen las E.P.S., porque los pacientes no deben ver obstaculizado su procedimiento médico en razón de los trámites internos que a nivel administrativo adelanten las entidades de salud[11].

En esa medida, una E.P.S. que entra en liquidación debe asegurar la continuidad en la prestación del servicio de sus beneficiarios, hasta que el traslado a otra entidad se haya hecho efectivo y opere en términos reales[12]. Por su parte, la entidad receptora tiene la obligación de continuar con la prestación de los servicios pendientes y autorizados.

Lo anterior obedece a que los afiliados no deben ver afectados sus derechos fundamentales por la negligencia y falta de previsión de la entidad prestadora del servicio de salud, como tampoco pueden asumir por cuenta de la imprevisión administrativa la obligación de desarrollar una serie de procedimientos con el fin de obtener autorización para el suministro de medicamentos o tratamientos médicos que requieran con urgencia o con ocasión de una enfermedad ruinosa o catastrófica[13].

En esa medida, debe entenderse que cuando se traslada a un usuario de una entidad encargada del servicio de salud a otra, en razón de la liquidación de aquella, y exista una orden previa para la prestación de servicios (POS o no POS), por ejemplo decretada por un juez de tutela, la E.P.S. receptora debe asumir la obligación impuesta y no puede justificar su negativa a suministrar el servicio, con base en el argumento de que al no haber sido parte en el proceso de tutela, tal imposición vulnera su derecho al debido proceso".

En acatamiento a dicho precedente se debe concluir en el actual expediente, que existir ya una orden judicial vigente de amparo integral en favor la paciente ITZEL TATIANA PACHÓN emitida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cali, sentencia 79 del 19 de noviembre de 2003 el Juzgado 5 Civil del circuito de Cali, la cual sí obliga a COMFENALCO EPS, conforme la interpretación dada por la Corte Constitucional, cualquier incumplimiento debe hacer valer por vía del incidente de

desacato, y no incoando otra tutela como lo sugirió la señora Juez Primero Civil Municipal de Cali. Por consecuencia no procede la presente tutela para conceder algo

que previamente otorgó otro despacho judicial.

Sin más comentarios con base en lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil del

Circuito de Palmira (V.), administrando justicia en nombre de la República

de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia No 060 del 16 de abril de 2021 proferida

por el Juzgado Primero de Pequeñas Cusas y Competencia Múltiple de

Palmira (V.), dentro de la ACCIÓN DE TUTELA formulada por DAVID PACHÓN

RUIZ como agente oficioso de su hija ITZEL TATIANA PACHÓN TOVAR

identificada con la cedula de ciudadanía No. 1.006.054.857, contra COMFENALCO

EPS, por lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: DENEGAR la protección de los derechos fundamentales

invocados dentro de la presente tutela, por las razones antes anotadas.

TERCERO: NOTIFÍQUESE conforme a lo previsto en el art. 32 del Decreto 2591 de

1.991, al accionante, a los accionados y al Juzgado de primera instancia lo acá

dispuesto.

CUARTO: REMÍTANSE estas diligencias oportunamente a la Corte Constitucional

para su eventual **REVISIÓN** conforme a lo previsto en el art. 32 del Decreto 2591 de

1.991.

CÚMPLASE,

Firmado Por:

LUZ AMELIA BASTIDAS SEGURA JUEZ

JUEZ - JUZGADO 002 DE CIRCUITO CIVIL DE LA CIUDAD DE PALMIRA-VALLE DEL CAUCA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 10a3fbcdf7e40a846d4771660ef94be23970ae163dd073aff35b0d4a5618a0d7

Documento generado en 03/06/2021 03:19:12 PM