

Sentencia de tutela No. 002

JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE LA MACARENA META, cinco (05) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Objeto/LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA Y AGENCIA OFICIOSA EN LA ACCION DE TUTELA-
Requisitos
PRINCIPIO DE INMEDIATEZ COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Debe ponderarse bajo el criterio del plazo razonable y oportuno
PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Precedencia
PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN MATERIA DE SALUD-Reglas jurisprudenciales
DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTONOMO-Reiteración de jurisprudencia
CIRUGIAS FUNCIONALES Y ESTETICAS-Diferencias
FINES FUNCIONALES DE LAS CIRUGIAS ESTETICAS
CUBRIMIENTO DE GASTOS DE TRANSPORTE PARA PACIENTE Y ACOMPAÑANTE POR EPS-Reglas jurisprudenciales
PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-Plazo razonable
OPORTUNIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-Obligación de las EPS
DERECHO A LA SALUD-Orden a EPS practicar cirugía
REEMBOLSO DE GASTOS MEDICOS-Orden a EPS

ASUNTO A DECIDIR

Entra el Despacho a proferir el fallo que en derecho corresponda, dentro de la acción de tutela, instaurada por el ciudadano JOSE ENRIQUE RODRIGUEZ PEÑA, contra la EPS CAPITAL SALUD y la IPS SERVIMEDICOS, radicada bajo el No. 2024 00002, de acuerdo a los siguientes,

I. ANTECEDENTES

Hechos

Manifiesta el accionante que, desde hace dos años sufrió un accidente de ruptura de tendón en el hombro derecho.

Que, que se encuentra vinculado a la EPS CAPITAL SALUD en el régimen subsidiado.

Que, debido a la ruptura del tendón, el 20 de octubre de 2023, el médico especialista le informó que requería reparación del manguito rotador derecho y le ordenó una serie de exámenes.

Que, la EPS CAPITAL SALUD generó las ordenes médicas No. 2014208, 8674028, 8674026 para Sutura del manguito rotador vía endoscopia, Sistema de anclaje oseos, bursectomía por artroscopia sod y Sistema de irrigación, acromioplastía por artroscopia.

Que, la EPS CAPITAL SAUD, se niega a generar la autorización para el procedimiento de **Punta de radio frecuencia, tenodesis**. Lo que manifiestan es que dicho procedimiento esta en cotización No. 032812, que debo esperar, pero que ya ha transcurrido varios meses sin que se autorice dicho procedimiento médico.

Que, la IPS SERVIMEDICOS, se niega a realizar los servicios autorizados, debido a que desde la EPS CAPITAL SALUD, no genera la respectiva autorización para el procedimiento de **Punta de radio frecuencia, tenodesis**, sin esta autorización desde IPS no realizan los demás procedimientos, debido a que deben realizar todas las cirugías en una misma intervención quirúrgica.

Que, en varias ocasiones se ha acercado a la oficina de la EPS CAPITAL SAUD, para solicitar la respectiva autorización que se encuentra pendiente, pero la respuesta que le dan es que debe esperar.

Que, como lo menciona al principio del escrito de tutela, en la actualidad reside en el municipio de la Macarena y no tiene los recursos económicos necesarios para costear los medicamentos y procedimientos que requiere, para su delicado estado de salud que, día a día se va deteriorando debido a la demora por parte de la EPS e IPS en autorizar y realizar los procedimientos médicos ordenados por el médico especialista.

Por lo anterior, solicita que de manera oportuna se le ordene a la EPS CAPITAL SALUD genere la autorización para el procedimiento de **punta de radio frecuencia tenodesis** y la IPS SERVIMEDICO realice los procedimientos de **sutura del manguito rotador vía endoscopia, Sistema de anclaje óseos, bursectomía por artroscopia** y **Sistema de irrigación acromioplastia por artroscopia**, al igual que se le brinden las garantías en atención oportuna para su estado de salud, ya que considera que esto no ha sido garantizado, conllevando a afectar de manera negativa la continuidad frente al tratamiento y procedimiento médico, situación que atenta contra su DERECHO A LA VIDA Y LA SALUD

Pretehsiones.

Con fundamento en los hechos solicita, disponer y ordenar a la EPS CAPITAL SALUD e IPS SERVIMEDICOS de Villavicencio que;

Ordenar a la EPS CAPITAL SALUD que, de manera inmediata autoricen el procedimiento de **PUNTA E RADIO FRECUENCIA, TENODESIS** ordenados por el médico tratante y que requiere con urgencia.

Ordenar a la IPS SERVIMEDICOS SAS para que se le realicen los procedimientos de **SUTURA DEL MANGUITO ROTADOR VIA ENDOSCOPICA, SISTEMA DE ANCLAJE OSEOS, IRRIGACION, ACROMIOPLASTIA SOD y SISTEMA DE IRRIGACION, ACROMIOPLASTIA POR ARTROSCOPIA.**

ORDENAR A LA EPS CAPITAL SALUD, GENÈRE SIN DEMORAS INJUSTIFICADAS, LAS RESPECTIVAS AUTORIZACIONES DE SERVICIOS MEDICOS, PROCEDIMIENTOS Y TODOS LOS DEMAS SERVICIOS QUE, POR SU ESTADO DE SALUD, DEMANDE.

Que, se abstengan en adelante en incurrir en acciones y condiciones que pongan en riesgo su estado de salud y vida en condiciones dignas.

"..."

Pruebas.

Fotocopia del documento de identidad del tutelante.

Fotocopia del SISBEN.

Fotocopia del FOSYGA.

Fotocopia de orden médica.

Fotocopia de las autorizaciones de servicios.

Fotocopia de la Historia Clínica.

II. Trámite procesal

Mediante auto de fecha 19 de enero de 2024, se admite la solicitud de tutela instaurada por el señor JOSE ENRIQUE RODRIGUEZ PEÑA, contra CAPITAL SALUD EPS-S, y la IPS SERVIMEDICOS, ordenando la notificación respectiva y correr traslado de la demanda y sus anexos, para que las accionadas puedan ejercer su derecho a la defensa y contradicción.

Contestación de la tutela.

La accionada CAPITAL SALUD EPS contestó la tutela en la que manifiesta que: ... "1. ANTECEDENTES...". "2. CASO CONCRETO. En atención a los hechos y pretensiones visibles en la acción constitucional, considero importante destacar que JOSE ENRIQUE RODRIGUEZ PEÑA, se encuentra activo de su vinculación en el Sistema General de Seguridad Social, a través del Régimen Subsidiado, operado por CAPITAL SALUD E.P.S.". Es preciso indicar que, el médico auditor de la Coordinación Medica de Acciones constitucionales de Capital Salud EPS-S realiza un análisis detallado al caso y evidencia: "(...) se trata de un usuario de 62 años; usuario afiliado y activo en régimen SUBSIDIADO en Eps Capital Salud, recibe tratamiento médico en IPS primaria e CENTRO DE ATENCION LA MACARENA, se encuentra en la base del Sisbén IV grupo B7, quien presenta diagnóstico de SÍNDROME DEL MANGUITO ROTATORIO...". "Capital Salud Eps ha despegado todas las acciones de gestión de prestación de servicios de salud en favor del afiliado accionante, para garantizar su acceso a todos y cada uno de los servicios ordenados por su médico tratante para el tratamiento de su patología, por lo cual no se infiere que la entidad este vulnerando derecho alguno del afiliado". "...Pendiente RS0 12749-2304194902 10/20/2023 11:34 10/20/2023 00:00 cirugía pendiente 1 cirugía ambulatoria ARTICULAR ENDOSCOPICA SUTURA DEL MANGUITO ROTADOR VIA ENDOSCOPIA - (836302) ...". "frente al servicio requerido por el usuario, Capital Salud EPS-S está realizando los trámites administrativos con la IPS SERVIMEDICOS la cual garantizará el procedimiento médico al paciente". "Frente al tratamiento Integral, no es procedente que se conceda, por cuanto se evidencia que no se han configurado motivos que lleven a inferir que la EPS haya vulnerado o vaya a vulnerar o negar deliberadamente servicios a la usuaria en un futuro, ...". "4. PRETENSIONES. 1. DENEGAR la acción de tutela instaurada por la accionante, por cuanto la conducta desplegada por CAPITAL SALUD EPS-S, ha sido legitimada y tendiente a asegurar el derecho a la salud y a la vida del usuario, dentro de las obligaciones legales y reglamentarias al interior del SGSSS. 2. "...". 3. "...". 4. "...". "5. Declarar improcedente la solicitud de tratamiento integral, ya que esta orden implica prejuzgamiento y asume mala fe por parte de Capital Salud,...". "6.Negar tratamiento integral,..."

Respuesta de la accionada Servimédicos. Esta no contestó la tutela. Guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

Competencia

Es competente este Juzgado para conocer y decidir de la acción de tutela instaurada por el ciudadano JOSE ENRIQUE RODRIGUEZ PEÑA, con fundamento en lo dispuesto por el art. 86 de la Constitución Política, en concordancia con el art. 37 del Decreto 2591 de 1991 y demás normas concordantes, para determinar si las accionadas han vulnerado los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, puestos en conocimiento por el tutelante.

Derecho fundamental a la salud.

El derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable y un servicio público a cargo del Estado, el cual debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad, a todas las personas, siguiendo el principio de solidaridad, eficiencia y universalidad. Según la ley Estatutaria 1751 de 2015, art. 6° dicha garantía constitucional comprende diferentes elementos y principios que guían la prestación del servicio, entre estos, los de accesibilidad, según el cual, los servicios prestados deben ser accesibles física y económicamente para todos en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna, la continuidad implica que una vez se haya iniciado la prestación de un servicio, "este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas" y oportunidad que exige la no dilación en el tratamiento.

Cumplimiento de los requisitos de procedibilidad.

De manera preliminar, el Juzgado debe determinar si la acción de tutela promovida por el señor JOSE ENRIQUE RODRIGUEZ PEÑA, cumple los requisitos de procedibilidad establecidos por la jurisprudencia constitucional. En este sentido, es necesario establecer si satisface las exigencias de legitimación en la causa, tanto por activa como por pasiva, subsidiariedad e inmediatez.

Legitimación en la causa

La jurisprudencia ha definido la legitimación como la posibilidad de actuar como parte en un proceso determinado. Dependiendo de la parte procesal de la que se hable, habrá legitimidad por activa o por pasiva. La primera, hace referencia a quién puede interponer la acción, mientras que la segunda, se refiere a la persona o personas que pueden ser jurídicamente accionados.

En sentencia T-176 de 2011, se define la legitimación por activa como aquel que tiene la *"(...) titularidad para promover la acción, con el cual se busca garantizar que la persona que acude a la acción de tutela, tenga un interés directo y particular respecto de la solicitud de amparo que eleva ante el juez constitucional, de manera que pueda establecerse sin dificultad, que lo reclamado es la protección de un derecho fundamental del propio demandante y no de otro."* Entre tanto, el agente legitimado por pasiva, es *"(...) la facultad procesal que le atribuye al demandado la posibilidad de desconocer o controvertir la reclamación que el actor le dirige mediante la demanda sobre una pretensión de contenido material."*

Agencia oficiosa. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 86 de la Constitución establece que toda persona podrá ejercer la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección de sus derechos fundamentales, cuando quiera que se vean lesionados o amenazados por cualquier autoridad pública y, en ciertas ocasiones, por la actuación u omisión de los particulares. Adicionalmente, esa disposición señala que la acción de tutela puede ser presentada por quien se vea directamente afectado o por alguien que actúe en su nombre.

A su vez, el artículo 10 del Decreto Ley 2591 de 1991, dispone que el amparo constitucional puede ser instaurado (i) directamente por la persona afectada; (ii) por intermedio de un representante; (iii) mediante agente oficioso, cuando el interesado no se encuentre en condiciones de promover su propia defensa; (iv) por el defensor del pueblo; o (v) por los personeros municipales.

La agencia oficiosa permite que, un tercero que, en principio no tiene interés sobre el asunto, cumpliendo con ciertos requisitos, pueda instaurar acciones de tutela en favor de personas que, como se verá, no pueden defenderse por sí mismas. Su propósito es desarrollar los principios constitucionales de supremacía constitucional y de eficacia de los derechos fundamentales y solidaridad social, al igual que permitir el acceso a la administración de justicia.

En este mismo sentido, ha resaltado como elementos de la agencia que, en "primer lugar, debe manifestarse que actúa en tal calidad. En segundo lugar, debe encontrarse acreditado en el expediente que la persona a favor de quien actúa, no puede interponer por sí misma el amparo que se invoca —puede ser por medio de una prueba sumaria. En tercer lugar, no es necesario que exista una relación jurídica entre el agente y el agenciado o agenciados titulares de los derechos fundamentales. En cuarto lugar, cuando ello sea posible, debe existir una ratificación oportuna por parte del agenciado respecto de los hechos o las pretensiones que se consignan en el escrito de tutela.

Requisito de inmediatez en la instauración de la acción de tutela

Los pronunciamientos de la Corte han establecido que la *inmediatez* es un requisito que opera como regla general en la evaluación de procedibilidad de las acciones de tutela, cuyo propósito es garantizar que el mecanismo no se desnaturalice ni contraríe la seguridad jurídica. Este requisito consiste en verificar que la acción haya sido instaurada en un plazo razonable, sin que ello implique que exista un término de caducidad para la misma, pues una afirmación así, iría en contra de lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política.

Como no es atribuible a la inmediatez un lapso de tiempo específico o único, será el juez de tutela el encargado de determinar, con base en las particularidades del caso, cuál es el plazo razonable y, en consecuencia, si un proceso determinado cumple tal requisito.

De acuerdo con la jurisprudencia, la inmediatez es el transcurrir de un plazo razonable entre la vulneración o amenaza de un derecho fundamental y la instauración de la acción de tutela. No obstante, la Corte ha reconocido tres casos en los cuales este principio debe ser valorado de manera más flexible, a saber: (i) acaecimiento de un hecho catalogado como fuerza mayor, caso fortuito o similar; (ii) que la amenaza o vulneración se extienda en el tiempo; o (iii) que exigir un plazo razonable sea una carga desproporcionada, si se tiene en cuenta la condición de vulnerabilidad del accionante.

Carácter subsidiario de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia

A pesar de ser un mecanismo preferente y sumario para la protección de derechos fundamentales, la acción de tutela tiene un carácter subsidiario que, en principio, se evalúa con relación a la existencia de otros mecanismos judiciales que tengan competencia para decidir el asunto, objeto de reclamación. En otros términos, la tutela es, por regla general, improcedente cuando el accionante puede solicitar la protección de sus derechos a través de otros tipos de acciones constitucionales, o a través de jurisdicciones diferentes a la constitucional.

En el marco del derecho fundamental a la salud existe un mecanismo jurisprudencial específico, regulado por el legislador en procura de su protección. Este se encuentra desarrollado principalmente, en la Ley 1122 de 2007 que dice: "por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en salud y se dictan otras disposiciones", art. 41, modificado por la Ley 1438 de 2011 "por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en salud y se dictan otras disposiciones", art. 126. (a) la acción puede ser presentada sin formalidad ni autenticación; (b) se puede ejercer a nombre propio (sin apoderado judicial); (c) el término para resolverla es de 10 días siguientes a la solicitud y (d) cuenta con doble instancia, debido a que, en los 3 días siguientes a la notificación, el fallo puede ser impugnado.

Requisito de Procedibilidad en la acción de tutela.

El análisis de procedibilidad de la acción de tutela debe determinar el caso concreto, no solo porque la subsidiariedad sea un requisito a evaluar en todas las acciones, sino también porque para establecer la pertinencia de la aplicación de las excepciones mencionadas, el juez debe incorporar al análisis las condiciones objetivas de quien instaura la acción. Tales condiciones han sido elaboradas por la jurisprudencia de la Corte en los siguientes términos: "(...) el conjunto de condiciones objetivas en las cuales se encuentra el accionante, por ejemplo, su avanzada edad, su estado de salud y/o su precaria situación económica (...)", deben ser tenidas en cuenta para reconocer si ubican a la persona en circunstancias de debilidad manifiesta, de tal manera que estas impacten la decisión respecto a la procedibilidad del caso.

Carácter subsidiario de la acción de tutela para proteger el derecho a la salud.

Como se ha señalado, la procedencia de la acción de tutela depende (i) de la inexistencia de otro mecanismo judicial para la protección de los derechos, (ii) que aunque exista otro mecanismo judicial, este no sea idóneo o eficaz, o (iii) se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En materia del derecho a la salud, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha venido reconociendo el papel que cumple la Superintendencia Nacional de Salud.

En consecuencia, el tiempo de espera que ha sobrellevado el accionante que instaura la tutela, es un factor a considerar en el análisis que no tiene un peso menor, por lo que se hace necesaria la intervención inmediata del juez constitucional, pues incluso, teniendo presente el desgaste procesal y el espacio de tiempo que las acciones de tutela, que se supone son de carácter expedito y rápido, que han tenido que soportar en la jurisdicción constitucional, resultaría desproporcionado someter a los agenciados a otro trámite procesal o a una espera mayor de la que ya han afrontado desde la presentación de la acción de tutela.

En igual sentido, a través de la sentencia T-592 de 2016, la jurisprudencia constitucional afirmó que "(...) resulta desproporcionado enviar las diligencias y actuaciones que se han realizado por vía de tutela a dicha Superintendencia, cuando se evidencien circunstancias en las cuales esté en riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas, pues la eventual demora que implica reiniciar un trámite, por la urgencia y premura con la que se debe emitir una orden para conjurar un perjuicio, podría conducir al desamparo de los derechos o a la irreparabilidad de sus consecuencias.

Síntesis de la decisión

Le correspondió a este Juzgado determinar si la EPS CAPITAL SALUD y la IPS SERVIMEDICOS vulneraron los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del accionante, al no prestarle de forma oportuna y eficaz los servicios de salud, la EPS CAPITAL SALUD en generar la autorización para el procedimiento de **Punta de radio frecuencia, tenodesis** y la IPS SERVIMEDICOS realizar los procedimientos de **Sutura del manguito rotador vía endoscópica, Sistema de Anclaje Óseo, Bursectomía por Artroscopia Sod, Sistema de Irrigación y Acromioplastía por Artroscopia.**

Procedencia de la acción de tutela instaurada.

El señor JOSE ENRIQUE RODRIGUEZ PEÑA presenta ruptura de Tendón en el hombro derecho debido a un accidente sufrido hace dos años, de acuerdo con el diagnóstico emitido el 9 de diciembre de 2015. A pesar de haber solicitado en varias ocasiones la práctica de dichos procedimientos y la EPS e IPS, le han manifestado que debe esperar.

Legitimación en la causa

De acuerdo con el expediente, el señor JOSE ENRIQUE RODRIGUEZ PEÑA es el directo afectado por las presuntas dilaciones que sus accionadas han provocado en los procedimientos ordenados por el médico tratante y que, requiere con urgencia debido a la ruptura padecida a causa de accidente. Precisamente, es él mismo quien actúa en su propio nombre e instaura directamente la acción de tutela, razón por la cual le asiste la legitimación en la causa por activa.

De otro lado, con base en el ADRES, este Juzgado verifica que el accionante está afiliada a la EPS CAPITAL SALUD y es esta misma entidad sobre la cual recae la acción de tutela. Lo anterior, permite concluir que quien ha sido accionada, tiene la legitimación por pasiva para serlo.

Inmediatez

En el caso del señor JOSE ENRIQUE RODRIGUEZ PEÑA, se observa que, fue dada la preautorización de servicios No. 2014208 expedida el 20/10/2023, con fecha de vencimiento 17/4/2024, que concede el procedimiento de cirugía para **sutura del manguito rotador vía endoscópica** que, incluye sistema de **anclaje óseo**. La preautorización de servicios No. 8674028, dada el 14/08/2023, con fecha de vencimiento 13/2/2024, que concede el procedimiento de cirugía **bursectomía por artroscopia** que, incluye **insumos para procedimiento sistema de anclaje óseo-sistema de irrigación punta de radio frecuencia**. La preautorización de servicios No. 8674026 de fecha 14/08/2023, con fecha de vencimiento 13/2/2024 que concede el procedimiento para cirugía **acromioplastía por artroscopia**. Ahora bien, el escrito de tutela fue presentado el día 19 de enero de 2024, lo que quiere decir que ha transcurrido un tiempo de cuatro meses entre uno y otro evento.

Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que en el caso que nos ocupa se trata de una vulneración del derecho a la salud, toda vez que tanto que, a la fecha de presentación de la tutela no se le había practicado los procedimientos para las cirugías ordenadas y cuatro meses puede ser considerado un tiempo razonable de espera e insistencia ante la EPS para lograr la práctica de la cirugía; por lo que, este Juzgado encuentra satisfecho el requisito de inmediatez.

Subsidiariedad

En este caso, se considera procedente la acción de tutela instaurada por el ciudadano José Enrique Rodríguez Peña, al observarse el mal actuar de las empresas accionadas, ya que ha transcurrido alrededor de cuatro meses entre la expedición de las autorizaciones y la instauración de la tutela. No está equivocado el Juez al tener en cuenta el desgaste que ha tenido que soportar el accionante que, ha tenido que esperar tanto tiempo y luego llegar hasta la instancia de la acción de tutela para que se le protegiera sus derechos fundamentales que, considera le han sido vulnerados.

Por supuesto, el citado análisis debe ser analizado de acuerdo a las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentra el actor. Para el caso concreto, sin perjuicio de algunos aspectos, lo cierto es que el accionante padece de una ruptura de tendón en el hombro derecho que le amerita los procedimientos ordenados por el médico.

En todo caso, la Corte ha manifestado que la afectación del derecho a la salud por causa de una enfermedad, es una interferencia en la realización personal y el goce efectivo de otros derechos, es posible afirmar que el accionante está en condición de vulnerabilidad por su enfermedad de ruptura de tendón de hombro derecho.

Tales afirmaciones, solo tuvo controversia Capital Salud Eps, al defenderse frente a la tutela, caso contrario hizo la Ips Servimédicos al guardar silencio total; por lo que, se presumen ciertas las pretensiones formuladas, en virtud del artículo 83 de la Constitución Política, del artículo 20 del Decreto Ley 2591 de 1991 y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En consecuencia, se estima procedente la acción de tutela, como mecanismo principal para la resolución del caso, atendiendo la falta de eficacia, que bajo estas circunstancias particulares, adolece el trámite ante este Juzgado.

En síntesis, este Juez encuentra que, la acción de tutela instaurada por el ciudadano José Enrique Rodríguez Peña, es procedente.

Planteamiento del problema jurídico a tratar

El señor José Enrique Rodríguez Peña considera que, la EPS Capital Salud y la IPS Servimédicos han vulnerado sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, al no realizar con oportunidad los procedimientos ordenados por el médico tratante, según el demandante, simplemente le han manifestado que "*debe esperar*".

En los términos anteriores, corresponde al Juez resolver los siguientes problemas jurídicos:

La dilación injustificada de las accionadas para practicar los procedimientos de cirugías de **sutura del manguito rotador vía endoscópica** que, incluye sistema de anclaje óseo. Cirugía de **bursectomía por artroscopia** -sistema de anclaje óseo- **sistema de irrigación punta de radio frecuencia** y cirugía de **acromioplastia por artroscopia**, que comprometen los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la persona que por su enfermedad se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Para resolver el problema jurídico planteado por el señor Rodríguez Peña, se reiterará la jurisprudencia sobre (i) el derecho a la salud; (ii) las cirugías; (iii) el plazo razonable en la prestación de servicios de salud; y (iv) las demoras en la prestación de los mismos. Por último, a partir del marco teórico expuesto, se procederá a dar respuesta a los problemas jurídicos planteados.

Derecho a la salud. Reiteración de jurisprudencia

En la actualidad es indiscutible el carácter fundamental que tiene el derecho a la salud, no solo porque la Ley 1751 de 2015, así lo dispone en su artículo 2, sino porque la jurisprudencia de la Corte Constitucional también lo ha reconocido. La sentencia T-760 de 2008, señala que, *"(...) la salud es un derecho fundamental, 'de manera autónoma', cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho."*

Además de su carácter de fundamental y autónomo, el derecho a la salud *"(...) se encuentra estrechamente ligado a la efectividad de otras garantías como la vida, la integridad personal y la seguridad social, así como a la esencia misma de la dignidad humana, entendida como eje fundamental del pacto político."*

En relación con lo anterior, la Corte ha afirmado que los servicios de salud tienen dos facetas, una de las cuales es la que se trata de un servicio público, y otra en la que es un derecho fundamental. Cada una de estas se rige por principios y características particulares, así, en el primer rol, el servicio debe ser prestado de acuerdo con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en concordancia con los artículos 48 y 49 de la Carta Política; mientras que en el segundo caso *"(...) la salud debe ser prestada de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad"*.

Además de los principios enunciados, la salud como derecho fundamental está compuesto por cuatro elementos esenciales, a saber: la disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad, los cuales son teóricamente diferenciables, pero fácticamente inescindibles para la garantía del mismo. De acuerdo con la jurisprudencia:

"la 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; la 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; La accesibilidad corresponde a un concepto mucho más amplio que incluye el acceso sin discriminación por ningún motivo y la facilidad para acceder físicamente a las prestaciones 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 la accesibilidad económica y el acceso a la información; y La calidad se vincula con 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".

Adicionalmente, señaló el carácter complejo del derecho a la salud, en tanto "(...) su concepción, como la diversidad de obligaciones que de éste se derivan, le demandan al Estado y a la sociedad, una diversidad de facultades positivas y negativas para su cumplimiento".

Ahora bien, desde una perspectiva más enfocada en el sujeto, la Corte Constitucional ha definido el derecho a la salud, como "(...) un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud". Incluso, en un sentido más amplio, en términos de las dimensiones del sujeto, ha sostenido que se trata de "(...) la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, de forma que la protección en salud no se limite únicamente a las afectaciones que tengan implicaciones en el cuerpo físico del individuo, sino que, además, se reconozca que las perturbaciones en la psiquis, esto es, aquellas que se materializan en la mente del afectado, también tienen la virtualidad de constituirse en restricciones que impiden la eficacia de los demás derechos subjetivos".

Tal definición de este derecho, en una comprensión multidimensional, está estrechamente ligada a la noción de persona y su capacidad de plantear un proyecto de vida y ejecutarlo. Para la Corte, la ruptura de estas múltiples dimensiones por causa de la enfermedad, "(...) se constituye en una auténtica interferencia para la realización personal y, consecuentemente, para el goce efectivo de otros derechos, resultando así afectada la vida en condiciones dignas".

Hay situaciones que ha descrito la jurisprudencia y que evidentemente comportan una vulneración del derecho fundamental a la salud. Por ejemplo, la sentencia T-760 de 2008 señala que las restricciones al acceso a tratamientos, medicamentos y procedimientos incluidos en el POS, es a todas luces una vulneración al derecho a la salud. En este momento, se señala que, "cuando el servicio incluido en el POS sí ha sido reconocido por la entidad en cuestión, pero su prestación no ha sido garantizada oportunamente, generando efectos tales en la salud, como someter a una persona a intenso dolor, también se viola el derecho a la salud y debe ser objeto de tutela por parte del juez constitucional. Cuando el acceso a un servicio de salud no es prestado oportunamente a una persona, puede conllevar además de un irrespeto a la salud, por cuanto se le impide acceder en

el momento que correspondía a un servicio de salud para poder recuperarse y sería, una amenaza grave a la salud, por cuanto la salud puede deteriorarse considerablemente". Asimismo, se ha sostenido que "(...) cuando un servicio médico resulta indispensable para garantizar el disfrute de su salud, este no se puede ver interrumpido a causa de barreras administrativas que no permiten el acceso a tratamientos y procedimientos necesarios para recuperar la salud".

Plazo razonable en la prestación de un servicio de salud

La prestación oportuna de un servicio de salud es una garantía establecida en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, en el marco de los principios orientadores del Sistema de Seguridad Social Integral.

Materialmente, la relevancia de la oportunidad está dada por la necesidad de que el suministro de los medicamentos, tratamientos o procedimientos se den en el momento adecuado para curar o prevenir las afectaciones a la salud de las personas. Como lo ha mencionado este Tribunal, "(...) la prontitud con que se ejecuten los tratamientos médicos incidirá notablemente en los efectos que se produzcan sobre la patología tratada".

Ahora bien, por esa misma razón, la oportunidad no puede ser evaluada en abstracto, en tanto depende de circunstancias como la patología que esté siendo tratada o la urgencia de la atención, entre otros aspectos. Es por esto que la Corte Constitucional ha desarrollado una serie de criterios para que el juez de tutela resuelva de manera esquemática en cada caso, cuál es el plazo razonable que puede transcurrir entre la necesidad de un tratamiento o cirugía y su efectiva realización.

El primer criterio es la "urgencia de la situación", que ha sido definido como: "(...) la premura con la que deba atenderse para evitar perjuicios a la salud o la vida del paciente; para lo cual se debe tener en cuenta: i) la gravedad de la patología, ii) el efecto que la misma cause en el transcurrir de la rutina diaria, en sus facultades motoras y vitales; y iii) la fase en el que se encuentre la enfermedad, lo avanzada, complicada o expandida que esté".

El segundo criterio, es el tipo de recursos o procedimientos previos necesarios para la prestación del servicio, como, por ejemplo, las remisiones y los contratos con las IPS o centros especializados.

Demora en la prestación de los servicios de salud

Del concepto de oportunidad, se deriva la noción de las demoras en la prestación de los servicios de salud. Cuando se supera el momento adecuado en el que debe practicarse un examen, procedimiento, o tratamiento, es posible afirmar que inicia la vulneración del derecho a la salud, ya no por causas intrínsecas y naturales de la enfermedad, sino desde el punto de vista de la diligencia con la que actúa la entidad que presta el servicio. Así lo ha manifestado la Corte en diversas oportunidades, donde afirmó que "(...) la demora en la práctica de la operación que al demandante le es urgente, ha vulnerado los derechos a la salud en conexidad con la vida". De igual manera, ha establecido que "(...) cuando una E.P.S. o I.P.S., en razón a trámites burocráticos y administrativos, demora la prestación del servicio de salud requerido por un usuario, vulnera el derecho a la vida del paciente, pues solamente razones estrictamente médicas justifican que se retrase la prestación del servicio de salud"; y que "(...) no es normal que se retrase la autorización de cirugías, exámenes o tratamientos que los mismos médicos de las E.P.S. o I.P.S. recomiendan, 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, sino también cuando implican una demora injustificada en la iniciación de un tratamiento que pretende el restablecimiento de la salud perdida."

Resolución del caso concreto

El señor JOSE ENRIQUE RODRIGUEZ PEÑA, instauró acción de tutela contra la EPS CAPITAL SALUD y la IPS SERVIMEDICOS, para exigir que, cese la vulneración de sus derechos la salud y a la vida que, en su concepto le está causando un grave perjuicio, por no autorizar el procedimiento de "punta de radio frecuencia, tenodeis" por parte de la EPS, y, el procedimiento de cirugía de "sutura del manguito rotador vía endoscópica,

sistema de anclaje óseo, bursectomía por artroscopia sod y sistema de irrigación, acromioplastia por artroscopia” por parte de la IPS. Entonces, pasemos a verificar si esos hechos generan una vulneración del derecho a la salud del ciudadano tutelante.

De acuerdo con los fundamentos aquí planteados, “cuando el servicio incluido en el POS sí ha sido reconocido por la entidad en cuestión, pero su prestación no ha sido garantizada oportunamente, generando efectos tales en la salud, como someter a una persona a intenso dolor; también se viola el derecho a la salud.” Tal es el caso del accionante en este asunto, quien, según afirma, no tiene certeza sobre la realización de la cirugía que requiere para aliviar su dolor que tiene en el hombro, debido a la ruptura diagnosticada por el médico a causa de haber sufrido un accidente, pese a que cuenta con la autorización para que le realicen tal procedimiento.

En relación con los trámites que impone la EPS para prestar el servicio; ya se ha surtido la etapa de diagnóstico y autorización, de manera que solo resta establecer la fecha de programación de la cirugía. Pese a esto, la institución se ha mostrado renuente a fijar el día para la realización del procedimiento quirúrgico. En el caso concreto el Juzgado no puede desconocer el tiempo transcurrido hasta este momento, en el que le puede estar aumentando las consecuencias de la fractura y aumento del dolor, razón por la cual, resulta a todas luces vulneratorio de los derechos fundamentales del paciente, que la EPS y la IPS accionadas siga dilatando la práctica de un procedimiento necesario para lograr el mejor nivel de vida posible.

De la misma manera, obra en el expediente, el certificado del Sisbén, donde se comprueba que el accionante, está clasificado en el régimen válido B7 -Grupo Sisben IV -Pobreza Moderada, con lo cual se puede concluir razonablemente, que tampoco cuenta con los recursos necesarios para costear dichos procedimientos por su cuenta; incluso, más cuando el mismo tutelante afirma que reside en el municipio de La Macarena y por su delicado estado de salud que día a día se va deteriorando, por la demora de realizarse los procedimientos ordenados.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la decisión que tomará este Juzgado, no será otra que, la de conceder el amparo constitucional invocado por el accionante y en consecuencia, ordenará a las accionadas EPS CAPITAL SALUD y la IPS SERVIMEDICOS, garantizar el derecho fundamental a la Salud y a la Vida en condiciones dignas del ciudadano JOSE ENRIQUE RODRIGUEZ PEÑA, para lo cual, se ordena al representante legal o quien haga sus veces al momento de la notificación de esta providencia de CAPITAL SALUD EPS-S que, en caso de no haberlo hecho, en un término no superior a las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación, genere la **autorización** para el procedimiento quirúrgico de **Punta de radio frecuencia, tenodesis**, ordenado por el médico tratante y que requiere con urgencia el accionante. Igualmente, se le ordena al representante legal o quien haga sus veces al momento de recibir la notificación de este fallo de la IPS SERVIMEDICOS que, en caso de no haberlo hecho, en un plazo no superior a los diez (10) días, siguientes a la notificación de este fallo, realice los procedimientos quirúrgicos de 1. **Sutura del Manguito Rotador vía Endoscópica**, que incluye **-Sistema de Anclaje Óseo** (autorización 2014208, con vencimiento 17-4/2024), 2. **Bursectomía por Artroscopia Sod**, que incluye **insumos para procedimiento Sistema de Anclaje Óseo -Sistema de Irrigación -Punta de Radio frecuencia** (autorización 8674028, con vencimiento 13-2-2024). 3: **Acromioplastia por Artroscopia** que, incluye **insumos para procedimiento -sistema de Anclaje Óseo** (autorización 8674026 con vencimiento 13-2-2024). 4. **Punta de radio**,

frecuencia, tenodesis (autorización ordenada generar en el fallo). Procedimientos ordenados por el médico tratante y autorizados por la EPS.

Así mismo prevenir a Capital Salud Eps, y Servimédicos Ips, que, hechos como los conocidos en este caso, son constitutivos de transgresiones al derecho fundamental a la salud y a la vida en condiciones dignas, razón por la cual no deben volver a presentarse, para evitar futuras acciones constitucionales.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Juzgado Promiscuo Municipal de La Macarena – Meta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato de la Constitución Nacional y las leyes.

RESUELVE:

PRIMERO. CONCEDER la protección de los derechos fundamentales, a la salud y a la vida en condiciones dignas, invocados por el ciudadano JOSÉ ENRIQUE RODRIGUEZ PEÑA, de acuerdo a las consideraciones dadas en esta sentencia.

SEGUNDO. ORDENAR al Representante Legal o quien haga sus veces al momento de la respectiva notificación, de la empresa accionada CAPITAL SALUD EPS-S, que, en caso de no haberlo hecho, en un plazo no superior a las cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de este fallo, proceda a generar la autorización para el procedimiento quirúrgico de **Punta de radio frecuencia, tenodesis**, ordenado por el médico tratante y que requiere con urgencia el accionante JOSE ENRIQUE RODRIGUEZ PEÑA.

TERCERO. ORDENAR al Representante Legal o quien haga sus veces al momento de la respectiva notificación, de la empresa accionada SERVIMEDICOS IPS, que, en caso de no haberlo hecho, en un plazo no superior a los diez (10) días, contadas a partir de la notificación de este fallo, realice los procedimientos quirúrgicos de **1). Sutura del Manguito Rotador vía Endoscópica**, que incluye **-Sistema de Anclaje Óseo** (autorización 2014208, con vencimiento 17-4/2024). **2). Bursectomía por Artroscopia Sod**, que incluye insumos para procedimiento **Sistema de Anclaje Óseo -Sistema de Irrigación -Punta de Radio frecuencia** (autorización 8674028, con vencimiento 13-2-2024). **3). Acromioplastia por Artroscopia** que, incluye insumos para procedimiento **- sistema de Anclaje Óseo** (autorización 8674026 con vencimiento 13-2-2024). **4). Punta de radio frecuencia, tenodesis** (autorización ordenada generar en el fallo). Procedimientos ordenados por el médico tratante y autorizados por la EPS, ordenados por el médico tratante, al ciudadano JOSE ENRIQUE RODRIGUEZ PEÑA y que, los requiere con urgencia, debido a su delicado estado de salud.

CUARTO. PREVENIR a Capital Salud EPS-S, y a la IPS Servimédicos; que, hechos como los conocidos en este caso, son constitutivos de transgresiones al derecho fundamental a la salud y a la vida digna, razón por la cual no deben volver a presentarse, a efectos de evitar futuras acciones constitucionales.

QUINTO. NOTIFIQUESE la presente sentencia, a las partes, conforme lo dispone el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991 y si no fuere impugnada la decisión, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


RAFAEL IGNACIO NEIRA PENRETE
Juez

