REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, Veintiocho (28) de Mayo de Dos Mil Quince (2015)

REFERENCIA: **ACCIÓN DE TUTELA**
RADICADO Nº: **2015-0077**
ACCIONANTE: **DIANA MILENA VARGAS TORRES**
ACCIONADOS: **COMPARTA EPS-S**

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro de la acción de tutela de la referencia, interpuesta por la Defensoría del Pueblo actuando como Agente Oficiosa en nombre de la señora DIANA MILENA VARGAS TORRES, y en favor del señor **JOSE DEL CARMEN VARGAS TORRES**, contra **COMPARTA EPS-S.**

I. ANTECEDENTES

1. Derechos invocados como violados.

El accionante invocó como derechos fundamentales vulnerados la vida, salud, dignidad humana, los derechos de los discapacitados y la seguridad social. (Fls. 2 y 3).

2. Hechos que dan lugar a la acción.

Relata la libelista que el señor **JOSE DEL CARMEN VARGAS TORRES**, padece de una discapacidad psicomotora, que le impide valerse por sí mismo, quien el 04 de abril de 2015, perdió toda movilidad llevándolo al Hospital San Rafael, informando los médicos tratantes de la necesidad de un TAC, y al ser valorado por el médico neurocirujano le diagnosticó la necesidad de practicar cirugía de "Derivación Ventriculoperitoneal" de carácter obligatorio y de urgencia al estar en riesgo la vida.

Sostiene que el señor **JOSE DEL CARMEN VARGAS**, sufre de Hidrocefalia en adultos o hidrocefalia normotensiva.

3. Objeto de la acción.

De lo anterior se concluye que la accionante solicita se tutelen derechos fundamentales a la vida, salud, dignidad humana, los derechos de los discapacitados y la seguridad social, del señor JOSE DEL CARMEN VARGAS TORRES, y en consecuencia, se ordene a COMPARTA E.P.S.S. autorizar EL KID DE DERIVACION VENTRICULOPERITONEAL CON LA VÁLVULA DE DERIVACION PROGRAMABLE ADULTO, para la cirugía ordenada el día 15 de abril de 2015, por el médico tratante del señor JOSE DEL CARMEN VARGAS TORRES.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

1. COMPARTA EPS (Fl. 39-40).

De manera extemporánea manifiesta, que el objeto de la acción de tutela se encuentra cumplido, pues la entidad expidió autorización No. 211130000378163 correspondiente a KIT DE DERIVACIÓN VENTRICULOPERITONEAL CON VÁLVULA DE DERIVACIÓN PROGRAMABLE ADULTO, requerida por el accionante para el manejo de su enfermedad.

Por lo anterior, solicita se declare improcedente la acción de tutela, y en caso de ser adversa la sentencia se autorice el recobro del 100% del valor de los servicios.

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia consagró el mecanismo de amparo de la acción de tutela, instituido para que toda persona pueda reclamar ante los Jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando alguno de éstos resulte vulnerado o amenazado por acción u omisión de cualquier autoridad pública o por los particulares encargados de la prestación de un servicio público, conforme a lo preceptuado en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Es de la esencia de la acción de tutela el procedimiento breve, sumario y antiformalista que finaliza con un fallo que expresa medidas concretas para que cese o se evite la violación de un derecho fundamental; protección que debe prestarse de inmediato, en tanto que busca evitar o superar un daño evidente, grave e irreparable.

En este contexto, y ante las pretensiones de la parte actora, deben realizarse las siguientes consideraciones:

1. Problema jurídico.

De conformidad con lo expuesto en los antecedentes que preceden, el Despacho encuentra que el presente asunto se contrae a establecer sí al señor **JOSE DEL CARMEN VARGAS TORRES**, se le vulneraron por la accionada, los derechos fundamentales a la salud, la dignidad humana, los derechos de los discapacitados y la seguridad social, por la presunta omisión de la accionada a brindar todo lo necesario para atender sus enfermedades.

1. Procedencia de la acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia contempla la acción de tutela para que las personas puedan reclamar ante los Jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. Dicha norma superior también establece que la acción constitucional en comento sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que ésta se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La norma superior antes referida fue reglamentada mediante el Decreto 2591 de 1991, el cual, en su artículo 2º, señala que los derechos que constituyen el objeto de protección de la acción de tutela son los consagrados en la Carta Política como fundamentales, o aquellos que por su naturaleza permitan su amparo para casos concretos.

Así pues, debe decirse que en el presente caso el actor invoca como derechos presuntamente vulnerados la salud, dignidad humana y la seguridad social, los cuales ostentan linaje fundamental, por lo que resulta procedente su amparo por esta vía procesal.

Ahora bien, el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, establece la procedencia de la acción de tutela, indicando que su interposición es viable contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos que establece el mismo Decreto, siempre que con éstas se vulnere o amenace cualquiera de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política, o que por su naturaleza se consideren como tal. Con todo, dicha disposición prevé que la procedencia de la acción de tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.

De otra parte, el artículo 6ª del mencionado Decreto señala las causales de improcedencia de la acción de tutela, indicando, entre otros eventos, aquellos en los cuales se presenta la existencia de

otro mecanismo de defensa judicial, exceptuando la situación en la cual esta acción se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La misma norma señala, además, que la existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

Otros eventos de improcedencia del mecanismo constitucional bajo estudio, también contemplados en la norma antes citada, son los que tienen que ver con circunstancias relativas a que para proteger el derecho se pueda ejercer el recurso de *Habeas Corpus,* se pretenda la protección de derechos colectivos, se haya generado un daño consumado, o se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

De otro lado, el artículo 8º del tantas veces mencionado Decreto 2591 de 1991, prescribe que aun cuando el afectado disponga de otro mecanismo de defensa judicial, procede el amparo por vía de tutela cuando ésta se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. El tenor literal de la comentada norma dispone que "***Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso***." (Negrillas fuera de texto)

En suma, puede decirse que la acción de tutela se estructura como un mecanismo judicial que se tramita a través de un procedimiento preferente y sumario para la defensa de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por las acciones u omisiones de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos que la ley establece, al cual puede acudirse solamente ante la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial idóneo, salvo que se demuestre la configuración de un perjuicio irremediable que, según la jurisprudencia nacional[1], debe entenderse como un daño inminente e irreparable que por su gravedad amerita el amparo inmediato de manera transitoria**.**

Así las cosas, al descender al caso concreto, este Despacho encuentra que en el asunto que aquí nos ocupa no existe otro mecanismo de defensa judicial para lograr el amparo de los derechos fundamentales invocados por la parte accionante como vulnerados, por lo que resulta procedente estudiar de fondo la presente acción.

2. Principios y carácter fundamental de los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social.

Sobre el particular, sea lo primero indicar que conforme al artículo 11 de la Constitución Nacional, el derecho a la vida es **inviolable**.

Ahora bien, en la sentencia C-463 de 2008, la Honorable Corte Constitucional señaló, acerca de los principios y el carácter fundamental del derecho a la salud, lo siguiente:

> *"(…) La naturaleza constitucional del derecho a la seguridad social en salud junto con los principios que la informan han llevado a esta Corte a reconocer el carácter fundamental del derecho a la salud."*[2]

---

[1] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA Consejera ponente: MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA Bogotá, D.C., febrero veintiséis (26) de dos mil cuatro (2004) Radicación número: 25000-23-27-000-2003-2285-01(AC) Actor: COOMEVA E.P.S. S.A. Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

[2] *En concordancia con la norma constitucional, se puede consultar el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, según el cual, "1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas,*

En este orden de ideas, conforme al artículo 49 de la Constitución Política, el cual establece que *"la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado"*, de manera que "*se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud*", se establece el carácter universal del derecho a la salud y con ello su fundamentalidad, razón por la cual la Honorable Corte Constitucional, desde sus inicios, ha venido protegiendo este derecho por vía de la acción tutelar.

En virtud del entendimiento del derecho a la salud como un derecho constitucional con vocación de universalidad y por tanto de fundamentalidad, la Corte en su jurisprudencia, ha resaltado la importancia que adquiere la protección del derecho fundamental a la salud en el marco del Estado Social de Derecho, en cuanto afecta directamente la calidad de vida[3].

Aunque de manera reiterada la Honorable Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la salud eventualmente puede adquirir el estatus de derecho fundamental autónomo[4] y por conexidad[5], de forma progresiva la jurisprudencia constitucional ha reconocido su carácter de derecho fundamental considerado en sí mismo[6]. Al respecto, en la sentencia T-573 de 2005[7], indicó:

> *"Inicialmente se dijo que el derecho a la salud no era por sí mismo un derecho fundamental y que únicamente sería protegido en sede de tutela cuando pudiera mostrarse su estrecha conexión con el derecho a la vida. (…) Con el paso del tiempo, no obstante, esta diferenciación tiende a ser cada vez más fluida, hasta el punto en que* ***hoy sería muy factible afirmar que el derecho a la salud es fundamental no sólo por estar conectado íntimamente con un derecho fundamental - la vida - pues, en efecto, sin salud se hace imposible gozar de una vida digna y de calidad - sino que es en sí mismo fundamental.*** *(…)*
>
> *Así las cosas,* ***se puede considerar que el derecho a la salud es un derecho fundamental cuya efectiva realización depende, como suele suceder con otros muchos derechos fundamentales, de condiciones jurídicas, económicas y fácticas, así como de las circunstancias del caso concreto. Esto no implica, sin embargo, que deje de ser por ello un derecho fundamental y que no pueda gozar de la debida protección por vía de tutela, como sucede también con los demás derechos fundamentales.*** *(…)." (Negrilla fuera del texto original).*

De esta manera, y en aras de proteger los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, en varias ocasiones[8] la Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el derecho a la prestación igualitaria, universal, continúa, permanente y sin interrupciones **de los servicios de atención médica y de recuperación de la salud.**

---

profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad." En el mismo sentido, se encuentra la Observación No 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud. "1. La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente."

[3] *Ver entre otros muchos pronunciamientos de esta Corte la sentencia T-597 de 1993*

[4] *En el caso de los niños, las personas de la tercera edad y las personas con discapacidad física o mental. Al respecto, se pueden consultar las siguientes sentencias: T-085 de 2006, T-850 de 2002, T-1081 de 2001, T-822 de 1999, SU-562 de 1999, T-209 de 1999, T-248 de 1998*

[5] *Cuando su afectación involucra derechos fundamentales tales como la vida, la integridad personal y la dignidad humana Al respecto, se pueden consultar las siguientes sentencias: T-133 de 2007, T-964 de 2006, T-888 de 2006, T-913 de 2005, T-805 de 2005 y T-372 de 2005*

[6] *Para el efecto, se pueden consultar las sentencias T-016 de 2007 y T-1041 de 2006.*

[7] *MP. Dr. Humberto Sierra Porto.*

[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.*

Ahora bien, el Alto Tribunal también ha insistido en que el sistema de seguridad social en salud se encuentra intrínsecamente vinculado a la satisfacción, protección y garantía de las necesidades básicas de la población y de contera a la efectividad de los derechos fundamentales, lo cual constituye una razón más para que por conexidad se entienda como un derecho fundamental de aplicación y protección inmediata. Cabe recordar aquí que por mandato expreso del artículo 44 Superior, el derecho a la salud de los niños, de las personas de la tercera edad, o **sujetos de especial protección constitucional**, es fundamental y, por consiguiente, no hay necesidad de relacionarlo con ningún otro para que adquiera tal status.

De otro lado, la jurisprudencia reiterada de la Corte ha puesto de presente cómo, a pesar del carácter primariamente prestacional del derecho a la salud, el mismo debe ser objeto de protección inmediata cuando quiera que su efectividad comprometa la vigencia de otros derechos fundamentales, especialmente el derecho a la vida y a la dignidad personal.

Abundan los casos en los cuales la jurisprudencia sentada en sede de tutela ha amparado el derecho a la salud por considerarlo en **conexión inescindible** con el derecho a la vida o a la dignidad, e incluso al libre desarrollo de la personalidad.[9]

De otra parte, también la Corte ha sostenido que la seguridad social – y por consiguiente la salud – como derecho constitucional, adquiere su connotación de fundamental cuando atañe a las personas de **la tercera edad y aquellas personas cuya debilidad es manifiesta."[10]**

Para ahondar en argumentos, resulta importante destacar lo expuesto por la Corte Constitucional en Sentencia T – 391 de 2013, respecto de los componentes del derecho a la seguridad social. Nótese:

> *"5.1. De conformidad con lo previsto en el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social goza de una doble connotación jurídica.* ***Por una parte, es considerada un servicio público de carácter obligatorio, cuya prestación se encuentra regulada bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en acatamiento de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Y, por otra, se erige como un derecho irrenunciable, que debe ser garantizado a todas las personas sin distinción alguna y que comporta diversos aspectos, dentro de los que se destaca el acceso efectivo al Sistema General de Pensiones*** *en sus dos modelos estructurales: el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad.*
>
> *5.2. Conforme con su configuración constitucional y dado su carácter de derecho irrenunciable, la seguridad social se inscribe en la categoría de los denominados derechos sociales, económicos y culturales, o de contenido prestacional, los cuales han sido entendidos por la jurisprudencia constitucional como aquellos cuya realización efectiva exige un amplio desarrollo legal, la implementación de políticas encaminadas a la obtención de los recursos necesarios para su materialización y la provisión de una estructura organizacional, que conlleva la realización de prestaciones positivas, principalmente en materia social, para asegurar unas condiciones materiales mínimas de exigibilidad.[5]*
>
> *5.3. Sin embargo, recientemente, la Corte ha venido sosteniendo que, independientemente de su naturaleza,* ***todos los derechos constitucionales, llámense civiles, políticos, sociales, económicos o culturales son fundamentales, en la medida en que "se conectan de manera directa con los valores que el constituyente quiso elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución".*** *Bajo esa concepción, ha explicado que el contenido prestacional de algunos derechos, es decir, la necesidad de desarrollo legal, económico y técnico, no es*

---

[9] *Cf. entre otras, las sentencias T-409/95, T-556/95, T-281/96, T-312/96, T-165/97, SU.039/98, T-208/98, T-260/98, T-304/98, T-395/98, T-451/98, T-453/98, T-489/98, T-547/98, T-645/98, T-732/98, T-756/98, T-757/98, T-762/98, T-027/99, T-046/99, T-076/99, T-472/99, T-484/99, T-528/99, T-572/99, T-654/99, T-655/99, T-699/99, T-701/99, T-705/99, T-755/99, T-822/99, T-851/99, T-926/99, T-975/99, T-1003/99, T-128/00, T-204/00, T-409/00, T-545/00, T-548/00, T-1298/00, T-1325/00, T-1579/00, T-1602/00, T-1700/00, T-284/01, T-521/01, T-978/01, T-1071/01,*

[10] *Sentencia C- 615-02, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.*

> *lo que determina su carácter fundamental, aun cuando tal hecho sí tiene incidencia directa en la posibilidad de que sean justiciables por vía de tutela, dada su definición y autonomía.*
>
> *Así, entonces, "la jurisprudencia ha distinguido entre (i) la fundamentalidad de los derechos, que se predica de todos y que surge de su relación con los valores que la Carta busca garantizar y proteger, y (ii) la posibilidad de que los mismos sean justiciables, lo cual, frente a los derechos de contenido prestacional, depende del desarrollo legislativo, reglamentario y técnico necesario para su configuración"[6].*
>
> *5.4. En ese orden de ideas, la corporación ha evolucionado en el sentido de* ***sostener que el derecho a la seguridad social, dada su vinculación directa con el principio de dignidad humana, tiene en realidad el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos legales que le han dado desarrollo, y excepcionalmente, cuando la falta de ciertos contenidos afecta el mínimo de dignidad y la calidad de vida del afectado.*** (Negrillas fuera de texto)

Así pues, es notorio cómo la Corte ha dado la interpretación necesaria de las disposiciones constitucionales, a efectos de poder identificar la Seguridad Social como un Derecho de carácter fundamental, aún más, cuando se encuentra directamente relacionado con las afectaciones a los mínimos de dignidad y calidad de vida de la persona afectada. Se concluye así, que el derecho indicado es susceptible de ser protegido por vía tutelar, en razón a su núcleo esencial.

3. Dignidad humana

En cuanto a la dignidad humana, el máximo Tribunal Constitucional ha venido elaborando una línea jurisprudencial, destacando el desarrollo del concepto y su naturaleza jurídica al distinguir que ésta expresión presenta dos maneras de ser entendida, como objeto concreto de protección, o a partir de la funcionalidad normativa; sobre el primer supuesto "el objeto de protección", ha indicado:

> "*La Corte identifica tres lineamientos claros y diferenciables* ***i)*** *La Dignidad Humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un Plan Vital y de determinarse según sus características* ***(Vivir como quiera)***. ***ii)*** *La Dignidad Humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia* ***(Vivir Bien).*** ***iii)*** *La Dignidad Humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral* ***(Vivir sin humillaciones)***"[11].

4. Protección especial de personas con limitaciones físicas

Vale la pena decir, que el derecho a la salud para personas en circunstancias de discapacidad, tiene una connotación especial de protección, por cuanto se encuentran en indefensión situación que obliga al operador judicial a brindar una especial protección.

En tal sentido la Corte Constitucional se ha pronunciado, en Sentencia T-574 de 2010, en la que se se indicó que la Constitución Política de 1991 dispone una especial protección a las personas que se encuentran en condición de discapacidad. De las disposiciones constitucionales es preciso destacar el artículo 13 y el 47. El artículo 13 de la Constitución enuncia que:

> *"El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. (…) El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan."*

De igual manera, el artículo 47 constitucional prescribe que:

---

[11] *Corte Constitucional, Sentencia T-881 de 2002*

> *"El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran."*

La mencionada sentencia indicó lo siguiente:

> *"(…) la Corte, en reiterada jurisprudencia ha establecido, respecto de la especial protección que merecen las personas en situación de discapacidad, lo siguiente:*
>
> *"El Constituyente no fue ajeno a la situación de marginalidad y discriminación a la que históricamente han sido expuestas las personas disminuidas física, sensorial o psíquicamente. Es así como la Carta Política consagra derechos fundamentales y derechos prestacionales en favor de los discapacitados. La igualdad de oportunidades y el trato más favorable (CP art. 13), son derechos fundamentales, de aplicación inmediata (CP art. 85), reconocidos a los grupos discriminados o marginados y a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. De otra parte, los discapacitados gozan de un derecho constitucional, de carácter programático (CP art. 47), que se deduce de la obligación estatal de adoptar una política de previsión, rehabilitación e integración social.*
>
> *"Los derechos específicos de protección especial para grupos o personas, a diferencia del derecho a la igualdad de oportunidades, autorizan una `diferenciación positiva justificada` en favor de sus titulares. Esta supone el trato más favorable para grupos discriminados o marginados y para personas en circunstancias de debilidad manifiesta (CP Art. 13)."*
>
> *De igual forma, en la Sentencia T-197 de 2003, en cuanto al tema de la salud y la necesidad de su protección respecto a aquellas personas que sufren problemas de salud, se indicó:*
>
> *"(…) es frecuente que el discapacitado requiera atención médica especializada a fin de mantener o mejorar las habilidades físicas o mentales disminuidas y, en la mayoría de casos, buscar la conservación de la vida en condiciones dignas. De esto se desprende que, en situaciones concretas, el suministro de una adecuada y pronta atención en salud del discapacitado supedita la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna y la integridad física, por lo que el amparo constitucional a través de la acción de tutela resulta procedente, más aún si se tienen en cuenta los imperativos que desde la misma Carta Política se extraen sobre la protección reforzada a la que son acreedores los limitados físicos y mentales."*

5. Análisis del caso en concreto.

Se allegaron las siguientes pruebas al plenario:

- Se encuentra a folios 6 a 15 del expediente copia de la Historia Clínica del señor JOSE DEL CARMEN VARGAS TORRES, donde se evidencia que tiene 39 años de edad, presenta RETARDO DEL DESARROLLO PSICOMOTOR y requiere manejo quirúrgico con derivación ventrículo peritoneal.
- Se tiene a folio 17 del expediente, solicitud de autorización para realizarle al paciente derivación ventriculoperitoneal, de fecha 15 de abril de 2015, emitida por el médico tratante, con destino a COMPARTA EPS.
- A folio 18 del expediente, se observa solicitud de autorización del KIT de derivación ventriculoperitoneal con válvula de derivación programable adultos, dirigidos a la COMPARTA EPS.
- Se encuentra igualmente a folio 19, formato de actualización de datos de afiliación de Régimen Subsidiado, que da cuenta de la afiliación a COMPARTA EPSS del señor JOSE DEL CARMEN VARGAS TORRES.

- Milita a folio 16 del expediente autorización emitida por COMPARTA EPSS, en favor del accionante de fecha 16 de abril de 2015, para la realización del procedimiento quirúrgico "COLOCACION DE CATETERES PARA DERIVACION VENTRICULOPERITONEAL Y PERITONEOVENTRICULAR".
- En el folio 41 del cuaderno principal, se constata autorización de fecha 20 de mayo de 2015, emitida por COMPARTA EPSS, en favor del accionante, donde se autoriza el KIT DE DERIVACIÓN VENTRICULOPERITONEAL CON VALVULA DE DERIVACIÓN PROGRAMABLE ADULTO.

De las anteriores pruebas, se infiere que el señor JOSE DEL CARMEN VARGAS TORRES tiene una limitación física permanente, consistente en RETARDO DEL DESARRALLO PSICOMOTOR, que le impide valerse por sí mismo, situación que lo coloca en una situación de indefensión. Por otra parte, si bien COMPARTA EPSS, ha brindado atención médica, no ha sido oportuna, eficaz y de calidad, muestra de esto, es que se le haya ordenado una cirugía el 15 de abril de 2015, para tratar su problema de hidrocefalia, para lo cual se requería el suministro del KIT DE DERIVACIÓN VENTRICULOPERITONEAL CON VALVULA DE DERIVACIÓN PROGRAMABLE ADULTO, y hasta el día 20 de mayo de 2015, se le haya autorizado, sin que hasta la fecha se haya realizado el procedimiento quirúrgico.

En este orden, el actuar de la accionada resulta contrario a las disposiciones de la **Ley 1751 de 2015**, Estatutaria del derecho fundamental a la salud, según la cual:

> *"El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud* ***de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud****. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política,* ***su prestación como servicio público esencial obligatorio****, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado" (Artículo 2) (Negrillas y Subrayas Fuera de Texto).*

Debe dejarse de presente que conforme a la norma en comento, uno de los principios básicos que rigen el Sistema Integral de Seguridad Social **es el de la integralidad en la prestación de los servicios de salud**, que lleva inmerso los siguientes contenidos mínimos:

> *"Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados* ***de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud****, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.*
> ***En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada****" (Artículo 8) (Negrillas y Subrayas Fuera de Texto).*

Debe destacarse que el principio de integralidad en la prestación de los servicios de salud, no es una novedad de la Ley estatutaria del derecho fundamental a la salud, ya que el mismo se gestó en un primer momento desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional, luego de forma taxativa en el Plan Obligatorio de Salud. En este sentido la Resolución N° 5521 de 2013, en el artículo 3, numeral 1, explicitó:

> *"**Integralidad.** Toda tecnología en salud contenida en el Plan Obligatorio de Salud para la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad, debe incluir lo necesario para su realización de tal forma que se cumpla la finalidad del servicio, según lo prescrito por el profesional tratante."*

Así las cosas, observa el Despacho que hasta éste momento no se ha acreditado su pleno cumplimiento por la EPS accionada, en tanto se le han emitido órdenes y autorizaciones pero no

se le han realizado los procedimientos que necesita el actor en especial la COLOCACIÓN DE CATETERES PARA DERIVACIÓN VENTRICULOPERITONEAL Y PERITONEOVENTRICULAR, con el objeto de tratar su hidrocefalia, lo que pone de manifiesto la vulneración de los derechos fundamentales invocados de protección, los mismos que se tutelaran de **forma definitiva**, ordenando al representante legal de COMPARTA EPS-S, que le brinde la atención médica integral a la que se ha hecho referencia.

Finalmente, frente al recobro de las sumas asumidas por la EPS-S la Corte Constitucional señaló:

> ***"6. La obligación del Estado de asumir el costo de los servicios de salud no incluidos en los planes de beneficios en salud.***
>
> *Esta Corte ha reiterado por medio de su jurisprudencia que las entidades promotoras de salud EPS, tienen derecho a repetir contra el Estado, por "el valor de los procedimientos y medicamentos que deban ser suministrados, y que no se encuentren contemplados en el POS, respecto de los cuales el usuario no hubiere cotizado el número de semanas requeridas, y que hayan sido autorizados por el Comité Técnico Científico (CTC) de la respectiva entidad, o hayan sido ordenados por decisiones judiciales de tutela."* [12]
>
> *Según el marco normativo de la ley 100 de 1993 y las demás normas complementarias y reglamentarias, las EPS están obligadas a financiar los servicios incluidos en el POS. Es por ello, que es al individuo y no a la EPS, a quien corresponde, en principio, costear los procedimientos, tratamientos y medicamentos que se encuentren por fuera de los beneficios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud.*
>
> *No obstante, cuando la persona que demanda la prestación del servicio, no cuenta con los recursos suficientes para cubrir el costo del mismo, le corresponde al Estado en aras de garantizar el derecho fundamental a la salud, financiar la prestación solicitada a cargo de los recursos públicos destinados al sostenimiento del sistema general en salud.*[13]
> *Aunado a lo anterior y teniendo claridad sobre la obligación subsidiaria del Estado, para asumir el costo de los servicios de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, esta Corte ha considerado que el reembolso de las sumas causadas en razón a la financiación de los servicios de salud no POS a favor de las EPS, está a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, cuando tales servicios se autorizan dentro del Régimen Contributivo, y a cargo de las Entidades Territoriales (Departamentos, Municipios y Distritos), en los casos en que los servicios no POS se reconocen dentro del Régimen Subsidiado.*[14]
>
> *La asignación al FOSYGA de los pagos de servicios no POS en el Régimen Contributivo, se explica en razón a que, de acuerdo con la Ley 100 de 1993 (arts. 202 y sig.), la administración de dicho régimen corresponde a las EPS por delegación que le hace el fondo, el cual, a través de la subcuenta independiente denominada "De compensación interna del régimen contributivo", es el depositario de todos los recursos llamados a financiar el aludido régimen. Por su parte, la atribución a las Entidades Territoriales para atender el costo de los servicios no POS en el Régimen Subsidiado, encuentra un claro fundamento en las Leyes 100 de 1993 (arts. 215 y sig.) y 715 de 2001 (art. 43), las cuales, además de atribuirle a "las Direcciones Locales, Distritales y Departamentales de Salud" y a "los Fondos Seccionales, Distritales y Locales de Salud", la administración del régimen y el manejo de los recursos pertenecientes al mismo, expresamente le asignan a las primeras la asunción de los servicios de salud no cubiertos con los subsidios a la demanda, esto es, de los servicios no incluidos en el POS subsidiado.*

---

[12] *Entre otras, las Sentencias SU-819 de 1999 M.P Álvaro Tafur Galvis, T-760 de 2008 M.P Manuel José Cepeda Espinosa y C-463 de 2008 M.P Jaime Araújo Rentería.*

[13] *En relación con esto último, en la Sentencia C-463 de 2008 M.P Jaime Araújo Rentería, la Corte hizo claridad en el sentido de sostener que: "el Estado se encuentra obligado jurídicamente a destinar las partidas presupuestales necesarias dentro del gasto público para el cubrimiento de las necesidades básicas en salud de la población colombiana, lo cual también incluye las prestaciones en salud No-POS ordenadas por el médico tratante que sean necesarias para restablecer la salud de las personas…".*
En concordancia con lo expuesto en el citado fallo, en la Sentencia T-760 de 2008 M.P Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte precisó que " la disponibilidad de los recursos necesarios para asegurar la prestación de los servicios de salud supone la obligación de que tales recursos existan, no se asignen a fines distintos al de asegurar el goce efectivo del derecho a la salud y se destinen a la prestación cumplida y oportuna de los servicios requeridos por las personas". Sentencia T – 438 de 2009 M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[14] *Al respecto puede observarse la Sentencia T – 438 de 2009 M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.*

> *Dicha posición fue reiterada en la Sentencia T-760 de 2008, en la que se afirmó que "los reembolsos al Fosyga únicamente operan frente a los servicios médicos ordenados por jueces de tutela o autorizados por el CTC en el régimen contributivo. En estos mismos casos, cuando el usuario pertenece al régimen subsidiado, la Ley 715 de 2001 prevé que los entes territoriales asuman su costo por tratarse de servicios médicos no cubiertos con los subsidios a la demanda.*[15]
>
> *De igual manera es pertinente mencionar, que en la actualidad la potestad para ejercer el recobro por parte de las EPS, aparece regulado en la Ley 1122 de 2007 y en las Resoluciones 2933 de 2006 y 3099 de 2008, las cuales definen los criterios y condiciones que deben presentarse para poder ejercer a cabalidad dicha figura."*

De la jurisprudencia antes citada se pueden inferir las siguientes reglas: (a) La EPS-S es un sujeto activo en la prestación del servicio de salud, su responsabilidad consiste prima facie, en orientar y acompañar a su afiliado en la consecución de los servicios requeridos aun cuando se trate de un evento no POS-S. (b) La EPS-S tiene la corresponsabilidad excepcional de prestar los servicios NO POS-S de sus afiliados y garantizar el tratamiento y medicamento para tratar de manera adecuada la patología del afiliado, y (c) La EPS-S tiene la posibilidad de recobrar al Estado los gastos en que incurra en la prestación del servicio NO POS-S.

No obstante lo anterior se observa que los servicios que requiere el actor están en el POS, y en consecuencia no existe razón para convocar al FOSYGA a su cubrimiento pues, es claro conforme a la línea diseñada por la Corte Constitucional que esta entidad, en tanto tenga suscrito contrato para atender a la población afiliada y se trate de servicios POS no está llamada a intervenir.

En este caso será deber del FOSYGA asumir otras cargas **si ellas corresponden a servicios excluidos del plan de beneficios**, cuando siendo prestados por la EPS se solicite su reembolso. La Corte Constitucional ha señalado la corresponsabilidad[16] en salud cuando se trata de servicios excluidos del POS, que no es el caso en estudió, razón por la cual no es posible dar orden alguna al FOSYGA, se reitera porque la situación de salud que dio lugar a esta acción está incluida en el plan obligatorio de salud.

De igual manera, cabe señalar que en caso de prestación de servicios **excluidos del POS-S** que deban ser prestados por la EPS-S opera el **recobro**, como lo señaló la accionada, así lo precisa la ley y la reiterado la Corte Constitucional[17], razón de más para acceder a la tutela solicitada, mucho más cuando en este caso, ni siquiera se trata de recobro de un servicio excluido sino de la prestación de un servicio incluido de manera oportuna.

Finalmente, se considera pertinente hacer un enérgico llamado de atención a la entidad accionada, para que, en adelante, proteja con sus actuaciones los derechos fundamentales de las personas usuarios del servicio de seguridad social y evite tratos negligentes hacia los mismos,

---

[15] *Con respecto a este tema, el artículo 43 de la Ley 715 de 2001, indica que "sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones: (…) 43.2.1. Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas. || 43.2.2. Financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y los servicios de salud mental'."*

[16] *Corte Constitucional. Sentencia T-115 de 2013. MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez*

[17] *Corte Constitucional. Sentencia T-355 de 2012. MP. Luis Ernesto Vargas Silva: "…Por lo tanto, puede concluirse, que corresponde al Estado garantizar con recursos propios la prestación del servicio de salud, cuando la persona que requiere del mismo, no tiene la capacidad económica para sufragar su costo; además se ha reiterado que la EPS es la llamada a prestar el servicio de salud, teniendo la facultad de ejercer el derecho de recobro ante las entidades territoriales correspondientes tratándose de servicios no POS, dentro del régimen subsidiado de salud…"*

máxime cuando se trate de personas con limitaciones físicas, que tienen especial protección constitucional. En consecuencia, también se compulsarán copias de esta providencia con destino a la Superintendencia Nacional de Salud, para que adelante las acciones a que haya lugar sobre eventuales fallas en la atención de la salud del señor JOSE DEL CARMEN VARGAS TORRES identificado con la CC. N°7.179.664.

6. Conclusión.

De conformidad con las consideraciones precedentes, se tutelaran con carácter definitivo los derechos fundamentales del actor a la salud, a la vida, dignidad humana y a la seguridad social, y en consecuencia se ordenará a la accionada, realizar todas las gestiones necesarias para que le sean autorizados y/o practicados, los exámenes, cirugías, medicamentos, procedimientos, y en general todo el **tratamiento médico** que requiera el señor JOSE DEL CARMEN VARGAS TORRES, a fin de salvaguardar sus derechos fundamentales a la vida y a la salud. Ello atendiendo al principio de integralidad en la prestación de los servicios de salud. y se compulsarán copias de este fallo a la Superintendencia Nacional de Salud para lo de su competencia.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO.- TUTELAR con carácter definitivo respecto de JOSE DEL CARMEN VARGAS TORRES, sus derechos fundamentales a la vida, dignidad humana, a la seguridad social, vulnerados por **COMPARTA E.P.S.S**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR al representante legal y/o quien haga sus veces en COMPARTA E.P.S.S., **que de forma inmediata** una vez se notifique la presente decisión **proceda**, si aún no lo ha hecho, a realizar todas las gestiones necesarias para que le sean autorizados y/o practicados, los exámenes, cirugías, medicamentos, procedimientos, y en general todo el **tratamiento médico** que requiera el señor JOSE DEL CARMEN VARGAS TORRES, a fin de salvaguardar sus derechos fundamentales a la vida y a la salud. Ello atendiendo al principio de integralidad en la prestación de los servicios de salud.

TERCERO.- COMPULSAR copias de esta providencia con destino a la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, para que adelante las acciones a que haya lugar sobre eventuales fallas en la atención de la salud del señor JOSE DEL CARMEN VARGAS TORRES identificado con la CC. N° 7.179.664.

CUARTO.- PREVENIR a COMPARTA E.P.S.S., para que, en adelante se abstenga de incurrir en conductas que atenten contra los derechos fundamentales de las personas usuarios del servicio de seguridad social y evite tratos negligentes hacia los mismos, máxime cuando se trate de personas con limitaciones físicas.

QUINTO.- INFORMAR a las partes que ésta decisión puede Impugnarse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de éste proveído.

SEXTO.- Para los efectos de notificación de las partes, procédase conforme a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SÉPTIMO.- De no ser impugnado el presente fallo, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Original Firmado por

EMILSEN GELVES MALDONADO
JUEZ