



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ (TOLIMA)

Ibagué, primero (01) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

RADICACIÓN: 73001-33-33-007-2023-00388-00
ACCIÓN: TUTELA
ACCIONANTE: ALFONSO JOSÉ ESCÁRRAGA TACHE
ACCIONADO: UNIÓN TEMPORAL TOLIHUILA

SENTENCIA

Sin que se avizore circunstancia alguna que invalide lo actuado, procede el Despacho a dictar pronunciamiento de fondo que en derecho corresponde, dentro de la presente Acción Constitucional de Tutela formulada por el señor **ALFONSO JOSÉ ESCÁRRAGA TACHE**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 12.525.310 de Ibagué Tolima, en contra de la **UNIÓN TEMPORAL TOLIHUILA**, siendo vinculado de oficio el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y la **FIDUPREVISORA S.A.**

I. ANTECEDENTES

El señor **ALFONSO JOSÉ ESCÁRRAGA TACHE**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 12.525.310 de Ibagué Tolima, formuló acción de tutela con el fin de obtener protección a los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas y libertad de escogencia de IPS, con sustento en las siguientes premisas fácticas:

- 1.1. Sostiene ostentar 80 años de edad, encontrarse afiliado al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de la Unión Temporal TolihUILA y presentar desde el año 2011 un *“meningioma del seno cavernoso derecho con invasión del ápice orbitario”*, el cual fue diagnosticado y tratado de manera particular en la Clínica Shaio, dada la gravedad de la enfermedad, la necesidad de tratamiento urgente y la negligencia de la entidad accionada.
- 1.2. Esboza que, a inicios de julio de 2023, empezó a sentir hormigueo en la región derecha de la cara y por espacios cortos presentaba parálisis facial, que le impedía la dicción.
- 1.3. Refiere que el 15 de julio de 2023 acudió a valoración médica general en la Unión Temporal TolihUILA, en la que se le remitió a médico familiar, y este le atendió el 17 siguiente, ordenándole estudio de creatinina y luego se le practicó Resonancia con medio de contraste.
- 1.4. Expone que, al haber sido remitido a la especialidad de neurocirugía, fue valorado el 13 de septiembre de 2023, indicándose que el tumor descubierto hace 12 años había vuelto a crecer considerablemente y dada su ubicación, resultaba difícil realizar cirugía invasiva. Por lo anterior, expone que en su historial clínico se indicó que *“DEBE TENER CONCEPTO DE RADIOCIRUGIA, SE RECOMIENDA QUE SEA EN EL MISMO SITIO DONDE FUE RADIOTRATADO”*
- 1.5. Argumenta que en vista a la delicada situación y los tiempos que maneja la EPS, decidieron solicitar cita en la Clínica Shaio; donde se había realizado radiocirugía con Gamma Knife en el meningioma, siendo asignada para el 09 de octubre de 2023.
- 1.6. Señala que el Dr. Juan Carlos Diez, Neurocirujano de la IPS Clínica Shaio, le examina y determina la necesidad de practicar de forma prioritaria, radiocirugía fraccionada (3 fracciones), dada la inflamación que presenta.
- 1.7. Manifiesta que el 10 de octubre de 2023 radicó ante la Unión Temporal TolihUILA, historia clínica para autorización de procedimiento, sin embargo, el día 18 del mismo mes y año, la citada entidad le envía correo informándole cita médica con otro neurocirujano en la ciudad de Neiva, para iniciar el proceso desde cero.

II. PRETENSIONES

Dentro del escrito introductorio, se plantea como pretensión, la siguiente:

“Solicito de manera prioritaria como lo expresa el médico tratante, se ordene a la entidad Capita-Unión Temporal Toliuhila, EPS que en el término de 48 horas, proceda a autorizar y garantizar la práctica de la radiocirugía del meningioma del seno cavernoso derecho con invasión del ápice orbitario y cada uno de los exámenes ordenados por el médico tratante en la Clínica Shaio, entidad que hace 12 años, me realizó la radiocirugía y que nos vimos obligados a cancelar con recursos propios por negligencia de la Unión Temporal Toliuhila EPS para que asuma los costos de la mencionada radiocirugía ya que cada día que pasa este tumor está haciendo estragos en mi salud.”

III. PRUEBAS

Junto con el escrito de tutela, la parte accionante aportó el siguiente material probatorio:

- 3.1. Copia de la historia clínica de atenciones recibidas por el señor Alfonso José Escárraga Tache, en la IPS Fundación Clínica Shaio, los días 09 y 27 de diciembre de 2011, 04 de febrero y 05 de diciembre de 2013, agosto de 2014 y 09 de octubre de 2023¹.
- 3.2. Copia de la historia clínica de atención recibida por el señor Alfonso José Escárraga Tache, por parte del Dr. Nelson Alberto Morales Alba - Neurocirujano, el 13 de septiembre de 2023².

IV. TRÁMITE PROCESAL

Presentada y asignada la acción judicial a este Despacho, mediante auto del 23 de octubre de 2023³ se dispuso su admisión en contra de la **UNIÓN TEMPORAL TOLIHUILA**, siendo vinculado de oficio el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y la **FIDUPREVISORA S.A.**, a quienes se les corrió traslado por el término de dos (2) días para que contestaran la acción, solicitaran y aportaran las pruebas que pretendieran hacer valer e informaran cuál había sido el trámite adelantado frente a lo peticionado por el extremo accionante y qué solución existía a los hechos.

Surtido el término de traslado para contestar, se tiene que las entidades accionadas se pronunciaron en los siguientes términos:

4.1. UNIÓN TEMPORAL TOLIHUILA⁴.

El Representante Legal Suplente de la Unión Temporal Toliuhila señaló inicialmente que la prestación de los servicios médico-asistenciales de los afiliados que se encuentren activos al Fomag, se rige por el contrato suscrito el 23 de noviembre de 2017, vigente en la actualidad, entre la Fiduciaria la Previsora S.A., en calidad de Vocera y Administradora de los recursos del patrimonio autónomo del Fomag y la Unión Temporal Toliuhila.

En virtud de lo anterior, esboza que la Unión Temporal Toliuhila es la encargada de prestar los servicios en salud a los afiliados al Fomag, para la región 1 que comprende los Departamentos del Tolima y Huila.

Refiere que el señor Alfonso José Escárraga Tache se encuentra activo en la base de datos de la UT Toliuhila, en calidad de cotizante pensionado y registra con sitio de atención en el municipio de Ibagué Tolima.

Respecto de las pretensiones incoadas en la presente acción, argumenta que en cumplimiento de las obligaciones contractuales y en virtud de los principios de accesibilidad y oportunidad, la UT Toliuhila ha venido garantizando al afiliado todos los servicios que ha requerido conforme a sus patologías y, para soportarlo, allega consolidado de servicios que le han sido autorizados.

En tal sentido, aduce que la entidad no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante, pues, por el contrario, ha realizado las gestiones administrativas necesarias para la efectiva prestación de los servicios en salud requeridos.

¹ Folios 1 al 7, 10 y 11 del archivo "3_ED_3ANEXOS(.pdf)" – Índice 3 SAMAI.

² Folio 8 y 9 ibidem.

³ Índice 5 SAMAI.

⁴ Índice 7 SAMAI.

ACCION DE TUTELA
DEMANDANTE: ALFONSO JOSÉ ESCÁRRAGA TACHE.
DEMANDADO: UNIÓN TEMPORAL TOLIHUILA
VINCULADOS: FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y FIDUPREVISORA S.A.
RADICADO: 73001-33-33-2023-00388-00
SENTENCIA

Expone que el afiliado por decisión propia y sin contar con la autorización de la entidad, acudió de manera particular a la IPS Clínica Shaio, con quien no cuenta con contrato actual vigente.

Así mismo, sostiene que, ante la solicitud del afiliado, y en aras de garantizar la efectiva prestación del servicio, procedieron de acuerdo a su red de prestadores y en el marco de lo dispuesto en los pliegos de condiciones, a autorizar y programar consulta por la especialidad de radiocirugía para el 25 de octubre de 2023 en el Instituto Neurológico Colombiano, con la Dra. Laura Morales – Oncóloga radioterápica, siendo notificada al accionante de la siguiente manera:

ALFONSO JOSE ESCARRAGA TACHE CC 12525310
1 mensaje

Carlos Ospina <atencion.usuario.tolima@emcosalud.com> 24 de octubre de 2023, 13:11
Para: madito36@hotmail.com
Cc: UT TOLIHUILA <uttolihuil@emcosalud.com>, Gerente Jorge Acosta Barbosa <gerencia.tolima@emcosalud.com>, Zambrano Jimenez Lizeth Alejandra <l_zambrano@fiduprevisora.com.co>

Cordial saludo.

En atención al asunto de la referencia y encontrándonos dentro de la oportunidad establecida por pliegos para garantizar el servicio de salud requerido por nuestro usuario, nos permitimos informar que se encuentra asignada cita Radiocirugía para el 25 de Octubre a las 10 am para el Instituto Neurologico de Colombia, es de aclarar que el cumplimiento de dicha cita puede darse de manera virtual en aras de facilitar la realización del procedimiento.

Se adjunta voucher de cita.

Es importante aclarar que los servicios de salud son garantizados a través de red adscrita de la cual Clínica Shaio no hace parte y su asistencia a dicha institución fue de manera particular.

Cordialmente,



Carlos Julio Ospina R.
Coordinador Atención al Usuario
(Atus) | Grupo Empresarial
Emcosalud

atencion.usuario.tolima@emcosalud.com
Cra. 5 N° 25- 26 B/ Hipódromo,
Ibagué (Tolima)
Celular: 316 235 69 16

Miércoles

25
octubre
10:00 am

Servicio:
Consulta Radiocirugía

Profesional:
**Laura Morales
Ramirez**

Tipo de cita:
Telefónico

Sede:
**Consulta Externa
Medellín**



Méjoramiento cuando te lo pide

Usuario:
**ALFONSO JOSE ESCARRAGA
TACHE**

Documento: **12525310**

Recomendaciones

1. Contar con la autorización vigente dirigida al Instituto Neurológico de Colombia.

Indica que para el cumplimiento de la cita no es necesario el desplazamiento del usuario hasta la ciudad en la que se encuentra ubicada la IPS (Medellín), toda vez que puede realizarse de manera virtual, y agrega que la misma obedeció a que en Ibagué no hay institución que garantice el procedimiento solicitado.

Argumenta que la Unión Temporal no pretende negar el servicio ordenado, no obstante, conforme las condiciones legales y contractuales suscritas, la entidad está obligada a garantizar la prestación del servicio a través de las entidades adscritas a su red principal o alterna, tal como ocurre en el asunto, en el que se asignó fecha y hora cierta para la valoración por radiocirugía requerida por el afiliado, de manera que, mal podría considerarse que se están vulnerando derechos fundamentales y servicios médicos al accionante.

Asevera no pretender desconocer la existencia del concepto médico particular, no obstante, refiere debe tenerse en cuenta que, para realizar un procedimiento, se requiere una valoración previa por parte del

médico correspondiente, pues conforme a la *lex artix*, ningún profesional puede realizar procedimiento alguno mientras no exista una valoración directa por parte de aquel.

Refiere que el Instituto Neurológico de Colombia, es una entidad catalogada de alto nivel de complejidad que cuenta con la capacidad técnica instalada para la prestación del servicio que pretende el actor, además de contar con el personal idóneo y altamente cualificado para ello, y ofrecer el tratamiento de radiocirugía robótica -Cyberknife para el tratamiento de cáncer y tumores en cerebro. Explica que el Cyberknife es el único sistema robótico de radiocirugía existente, capaz de lograr precisión inferior al milímetro, no requiere inmovilización del paciente (el equipo cuenta con un sistema de seguimiento de lesión en tiempo real), no requiere anestesia, es un procedimiento sin dolor, con excelente tolerancia y mínimos efectos secundarios, no es invasivo, por lo cual el paciente puede regresar prontamente a sus actividades diarias y a través de este se pueden tratar lesiones que por su localización y difícil acceso, no son operables.

Agrega, que de acuerdo a las reglas jurisprudenciales señaladas en la Sentencia T-235 de la H. Corte Constitucional, el concepto del médico externo de una entidad aseguradora en salud es vinculante en la medida que se cumplan con los requisitos allí dispuestos, los cuales pasa a sustentar de la siguiente manera:

- *“La entidad conoce la historia clínica particular de la persona y, al tener noticia de la opinión emitida por un médico ajeno a su red de servicios, no la descarta con base en información científica.”* Al respecto, reitera que una vez conocido el requerimiento del usuario, procedió a realizar la respectiva programación de consulta especializada con IPS adscrita a su red de prestadores, asignándose para el 25 de octubre de 2023, para que más allá de descartar el diagnóstico y el servicio ordenado -pues lo que se pretende es garantizar la continuidad en la prestación del servicio-, el médico adscrito a la red alterna, conforme a la *lex artix*, le valore directamente, dado que ningún profesional puede hacer ningún procedimiento mientras NO exista una valoración directa por parte de aquel.
- *“Los médicos adscritos valoraron inadecuadamente a la persona que requiere el servicio”,* asevera que dicho requisito no se encuentra configurado, toda vez que ha garantizado oportunamente los servicios que ha requerido el afiliado, quien por decisión propia y sin contar con la autorización de la entidad, acudió de manera particular a clínica Shaio, con quien no cuenta con contrato vigente, además que no quiso acudir a la valoración programada y notificada, incumpliendo los deberes que trae consigo el sistema de salud.
- *“El paciente ni siquiera ha sido sometido a la valoración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión.”* Aduce que, encontrándose en la oportunidad dispuesta en el pliego de condiciones, garantizó fecha y hora cierta para llevar a cabo valoración con especialista de la red, en aras de proceder a la realización del procedimiento ordenado, sin embargo, del Instituto Neurológico de Colombia se informó que la esposa del paciente, señora María Dilía, se comunicó a informar que no aceptarán ninguna consulta.
- *“La entidad ha valorado y aceptado los conceptos médicos no inscritos como ‘tratante’, incluso de entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados”.* Esboza que, de acuerdo con lo señalado por la IPS, no resulta posible la valoración por parte de la entidad adscrita a su red de prestadores, por causas imputables al accionante y sus familiares, de manera que, solicita requerir al accionante para que asista a la cita de radiocirugía, en aras de realizar la respectiva valoración directa por parte de esa Institución y así culminar con la realización del procedimiento médico ordenado.

Indica que, si bien existe un desarrollo jurisprudencial y legal sobre la libre escogencia de la institución prestadora de salud, lo cierto es que, conforme a la posición jurisprudencial asumida por la Honorable Corte Constitucional mediante las sentencias T-247 y T-126, dicha libertad no es absoluta, pese a relacionarse con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

Aduce que en principio dicha facultad se circunscribe a las instituciones que hayan suscrito o celebrado convenio o contrato con la EPS a la cual hace parte el usuario, sin embargo, también se reconocen ciertas excepciones a esta regla, como cuando se presenta un asunto de urgencia, se afecta el principio de integralidad, o se encuentra demostrada la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de la EPS para suministrar un servicio a través de sus IPS; escenarios que afirma no se configuran en el

presente asunto, dado que no se advierte negligencia injustificada por parte de la Unión Temporal, quienes pese a existir un ordenamiento particular, procedieron a realizar su gestión a través de su red alterna, esto es, el Instituto Neurológico de Colombia.

Por lo anterior, solicitó declarar que la Unión Temporal Toliuhila no ha vulnerado los derechos fundamentales de la parte actora, y tampoco pretende negar la prestación del servicio ordenado de manera particular. Así mismo, instar al accionante a asistir a la consulta de radiocirugía oncológica a través de su red de prestadores.

Junto con el escrito de contestación, se allegaron como pruebas, las siguientes:

- 4.1.1. Impresión de mensaje de datos enviado el 24 de octubre de 2023 al usuario, informándole la programación de la cita con la especialidad de radiocirugía para el 25 de octubre de 2023 a las 10 am en la IPS Instituto Neurológico de Colombia⁵.
- 4.1.2. Soporte de programación de consulta por radiocirugía, expedido por la IPS Instituto Neurológico de Colombia⁶.
- 4.1.3. Copia del oficio de fecha 19 de julio de 2017⁷, por medio del cual Emcosalud y la Clínica Tolima informan a la Fiduprevisora, que han decidido asociarse en Unión Temporal, en aras de participar en el Proceso de Convocatoria Pública No. 02 de 2017, para la prestación de los servicios en salud a los afiliados al Fomag.
- 4.1.4. Manual de Usuarios expedido por la Fiduprevisora⁸.
- 4.1.5. Oficio que denota derechos y deberes del afiliado al Fomag⁹.
- 4.1.6. Copia del contrato de prestación de servicios en salud, suscrito entre el Fomag y la Unión Temporal Toliuhila¹⁰.

4.2. FIDUPREVISORA S.A., como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO¹¹:

La Coordinadora de Tutelas de la Fiduprevisora S.A., sostuvo que consultado el aplicativo interinstitucional HOSVITAL dispuesto por el Fomag, encuentra que el accionante está activo en calidad de cotizante pensionado, en el régimen de excepción de asistencia en salud.

En cuanto a los hechos expuestos en el libelo tutelar, refirió que la Fiduprevisora S.A. surtió la obligación contractual que le corresponde, efectuando la contratación de las entidades prestadores del servicio de salud a los docentes, siendo la Unión Temporal Toliuhila quien presta dichos servicios en la Región 1.

Por lo anterior, aduce que en el asunto existe falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que no es la encargada de garantizar el servicio a los usuarios del sistema de régimen de excepción de asistencia en salud, sin embargo, aduce que solicitará a la Unión Temporal Toliuhila, realizar las gestiones correspondientes, conforme las obligaciones contractuales.

Así mismo, asegura que el Fomag en su esencia se comporta como el ADRES, toda vez que es un ente sin personería jurídica, responsable de recolectar los aportes para la salud, pensión, cesantías y demás prestaciones económicas a que tienen derecho los afiliados del Fomag, y al contratar con entidades, tal como ocurre con las Uniones Temporales, traslada lo que concierne a la gestión del riesgo, gestión de actividades de promoción y previsión, así como la gestión de las actividades de atención en salud, en lo que respecta a la atención de las enfermedades de tipo general, laboral.

Refiere que el Fomag, al igual que la ADRES, realiza un aporte por cada usuario, a través de una UPCM teniendo en cuenta la edad, género, área geográfica y condiciones especiales del territorio donde se

⁵ Véase documento con certificado 64BEAC5390A60930 7D90B214643DDAF2 54652E83952DCC43 E303E4B4EE52DC81 – Índice 7 SAMAI.

⁶ Véase documento con certificado CDF60DF6DEA38F83 AE46DC14C51B8698 F21062284B0CDB20 441E34BE53E53707 – Índice 7 SAMAI.

⁷ Véase documento con certificado 86EE16F9114AFE33 6E1B003D1427E471 42C5C5637F2223FE ABBDE6A43C5ED9DB - Índice 7 SAMAI.

⁸ Véase documento con certificado BBD86127943798C9 9EE17AF7D1C052A5 F0A5335C2891D1BA 859A4AE53C6C40EC - Índice 7 SAMAI.

⁹ Véase documento con certificado C123039F6AF3E5D3 3FCD6FA4C7F0737C 3FEB423D41D68972 C73157723AE09FC3 - Índice 7 SAMAI.

¹⁰ Véase documento con certificado 20F858B098E75064 D8AFD40DFCEEC3A9 8AF6A205E9FD4542 5DD40FA02CFBA569 - Índice 7 SAMAI.

¹¹ Índice 8 SAMAI.

encuentra el afiliado, para que así mismo, dicha entidad se responsabilice de la atención de todos los usuarios, asuma el riesgo y la atención en todo lo que respecta a su salud, comportándose como EAPB.

En tal sentido, solicito desvincularle de la presente acción por falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que es una administradora de recursos públicos que se encarga de atender negocios propios de las sociedades fiduciarias, pero que en virtud de lo dispuesto por la Ley 91 de 1989, se suscribieron contratos para la prestación de servicios médico asistenciales en las diferentes regiones del país con el objeto de garantizar la prestación del servicio de salud de los docentes, sin que ello implique que la ejecución y el cumplimiento de las prestaciones médicas sean responsabilidad de FIDUPREVISORA S.A, pues para ello existe la unión temporal designada para cada región. Así mismo, peticionó requerir a la Unión Temporal Toliuhila, respecto de la cual asegura se encuentra legitimada para garantizar el servicio de salud y todo lo que de este servicio se derive.

Con el escrito de contestación, se allegó copia del contrato de prestación de servicios en salud, suscrito entre el Fomag y la Unión Temporal Toliuhila¹².

Así las cosas, en consonancia con las normas constitucionales y legales y los antecedentes narrados, se procede al estudio de la presente acción, previas las siguientes:

V. CONSIDERACIONES

5.1. De la competencia: En los términos de los artículos 86 de la Carta Política, 37 del Decreto-Ley 2591 de 1991, 1º del Decreto Reglamentario 1382 de 2000, modificado por el Decreto 1983 de 2017, compilados en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 333 de 2021, es competente este Juzgado para conocer de la presente acción de tutela.

5.2. De la Fisonomía Jurídica de la Acción de Tutela: Sin ánimo de soslayar el estudio de fondo de la presente acción de tutela, huelga consultar por la fisonomía jurídica de la misma para con ello arribar a que, sin discriminación alguna, toda persona –entiéndase natural y jurídica- es titular del derecho a reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar –con inclusión en los Estados de Excepción-, mediante un procedimiento preferencial y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. En todo caso, bajo la exaltación del carácter residual de la acción, pues por regla general, sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial eficaz, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

5.3. Del Problema Jurídico:

- ¿Vulnera el accionado y entidades vinculadas, los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas y libertad de escogencia de IPS del señor **ALFONSO JOSÉ ESCÁRRAGA TACHE**, al no garantizar la prestación del servicio en salud que reclama en la IPS CÍNICA SHAIÓ?

Para realizar el análisis del problema jurídico señalado, es necesario efectuar el estudio de temas tales como: i) Del derecho fundamental a la vida, la salud y seguridad social, ii) La libertad de escogencia como principio rector del sistema general de seguridad social en salud, para finalmente entrar a analizar, iii) El caso concreto.

5.3.1. Del derecho Fundamental a la vida, la salud y seguridad social.

De acuerdo con los artículos 11 y 85 de la Constitución Política, el derecho a la vida es fundamental y de protección inmediata, además de estar consagrado como derecho fundamental autónomo a través de la jurisprudencia y los instrumentos internacionales, los que inclusive prevalecen en el orden interno al tenor del artículo 93 ibídem.

Los derechos fundamentales, su respeto, garantía y vigencia marcan el sendero de una organización libre y democrática, dentro de la integración de los pueblos (preámbulo) y la solidaridad de los asociados (artículo 1º ídem)

¹² Folios 7 al 56 – Índice 8 SAMAI.

Por su parte, el derecho fundamental a la salud, considerado un derecho de primera generación, busca garantizar la prestación del servicio de salud a todos los ciudadanos de una manera integral, pues con ello se procura el bienestar y se salvaguardan los derechos a la vida e integridad personal.

En este sentido, la sentencia T-010 de 2019 afirma:

“(...) El artículo 49 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009, consagra el derecho a la salud y establece que “la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”.

A su vez, el artículo 48 de la Constitución Nacional contempla la seguridad social como un público de carácter obligatorio y cuya prestación está a cargo del Estado en observancia a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, que en armonía con lo dispuesto en el art. 46 ibidem, adquiere mayor relevancia cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional, tal como ocurre con las personas de la tercera edad.

De otro lado, la Corte Constitucional advierte que el derecho a la salud es de carácter autónomo e irrenunciable, como quiera que actualmente la Ley Estatutaria de Salud, claramente reconoce la fundamentalidad de tal derecho, dada su inescindible relación con la dignidad humana.

Así mismo, en sentencia T-014 del 20 de enero de 2017, la Corte Constitucional determinó el alcance de este derecho fundamental que, teniendo como soporte el principio de integralidad, abarca no sólo el fin técnico de curación sino todos los elementos necesarios para garantizar al paciente una calidad de vida digna:

“En virtud del principio de integralidad del servicio de salud, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que el tratamiento que debe proporcionársele al enfermo no se reduce a obtener la curación. Este, debe estar encaminado a superar todas las afecciones que pongan en peligro la vida, la integridad y la dignidad de la persona, por tal razón, se deben orientar los esfuerzos para que, de manera pronta, efectiva y eficaz reciba los cuidados médicos tendientes a proporcionarle el mayor bienestar posible.”

Más adelante, la misma Corporación señaló:

*“En desarrollo de dichos mandatos constitucionales, una marcada evolución jurisprudencial de esta Corporación y concretamente **la Ley Estatutaria 1751 de 2015 le atribuyeron al derecho a la salud el carácter de fundamental, autónomo e irrenunciable, en tanto reconocieron su estrecha relación con el concepto de la dignidad humana, entendido este último, como pilar fundamental del Estado Social de Derecho** donde se le impone tanto a las autoridades como a los particulares el “(...) trato a la persona conforme con su humana condición(...)*

*Respecto de lo anterior, es preciso señalar que referida Ley Estatutaria 1751 de 2015 fue objeto de control constitucional por parte de esta Corporación que mediante la sentencia C-313 de 2014 precisó que “la estimación del derecho fundamental ha de pasar necesariamente por el respeto al ya citado principio de la dignidad humana, entendida esta en su triple dimensión como principio fundante del ordenamiento, principio constitucional e incluso como derecho fundamental autónomo. Una concepción de derecho fundamental que no reconozca tales dimensiones, no puede ser de recibo en el ordenamiento jurídico colombiano”. Bajo la misma línea, **la Corte resaltó que el carácter autónomo del derecho a la salud permite que se pueda acudir a la acción de tutela para su protección sin hacer uso de la figura de la conexidad y que la irrenunciabilidad de la garantía “pretende constituirse en una garantía de cumplimiento de lo mandado por el constituyente”***

En suma, tanto la jurisprudencia constitucional como el legislador estatutario han definido el rango fundamental del derecho a la salud y, en consecuencia, han reconocido que el mismo puede ser invocado vía acción de tutela cuando resultare amenazado o vulnerado, situación en la cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos conculcados¹³.
(Negrilla y subraya fuera del texto original)

5.3.2. La libertad de escogencia como principio rector del sistema general de seguridad social en salud¹⁴.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-196-18

¹⁴ Consideración que hace parte de la sentencia T-770 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo

La Ley 100 de 1993 consagró en el numeral 3.12 del artículo 153, el derecho a la libre escogencia como principio del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través del cual los usuarios tienen la libertad de escoger entre las EPS y los prestadores de servicios en salud, siempre y cuando se encuentren estos últimos dentro de su red, a saber:

“ARTÍCULO 153. PRINCIPIOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.
Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1438 de 2011. Son principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud:
(...)

3.12 Libre escogencia. *El Sistema General de Seguridad Social en Salud asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y los prestadores de servicios de salud dentro de su red en cualquier momento de tiempo.”*

De igual forma, el artículo 156 ibídem trae consigo las características básicas del Sistema de Salud, y dentro de ellas se contempla la libertad de escogencia, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 156. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. *El Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes características:*
(...)

g) Los afiliados al sistema elegirán libremente la Entidad Promotora de Salud, dentro de las condiciones de la presente Ley. Así mismo, escogerán las instituciones prestadoras de servicios y/o los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la Entidad Promotora de Salud, dentro de las opciones por ella ofrecidas.”

A su vez, el numeral 4 del artículo 159 ídem, prevé como garantía de los afiliados del Sistema de Salud, la libertad de escogencia de las Instituciones Prestadoras de Servicios y de los profesionales, entre las opciones que cada EPS ofrezca dentro de su red de servicios.

En consonancia, el artículo 2.5.2.1.1.6. del Decreto 780 de 2016, establece que las EPS se encuentran obligadas a ofrecer a sus afiliados, un número plural de prestadores con el fin de garantizar a los usuarios del sistema, la posibilidad de escoger:

“Artículo 2.5.2.1.1.6 Régimen general de la libre escogencia. *El régimen de la libre escogencia estará regido por las siguientes reglas:*

1. La Libre Escogencia de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud. La Entidad Promotora de Salud garantizará al afiliado la posibilidad de escoger la prestación de los servicios que integran el Plan Obligatorio de Salud entre un número plural de prestadores. Para este efecto, la entidad deberá tener a disposición de los afiliados el correspondiente listado de prestadores de servicios que en su conjunto sea adecuado a los recursos que se espera utilizar, excepto cuando existan limitaciones en la oferta de servicios debidamente acreditadas ante la Superintendencia Nacional de Salud.”

Por otra parte, la Corte Constitucional ha señalado que la libertad de escoger la entidad prestadora del servicio es una faceta del derecho a la salud que se fundamenta en la libertad y autonomía del individuo para auto-determinarse y, en tal sentido, escoger las entidades a las que confiará el cuidado de salud¹⁵.

Así mismo, sostuvo en Sentencia T-062 de 2020:

“... toda persona afiliada al sistema tiene la posibilidad de escoger de manera libre la EPS que considere satisface de mejor manera sus necesidades o que lo protegerá óptimamente ante la ocurrencia de una contingencia a partir de la cual requiera atención en salud; y, una vez afiliado, dentro de ella goza de la libertad de escoger cuál será la IPS, con la que su EPS tiene convenio, en la que le prestarán efectivamente las atenciones que necesite.

(...)

La Corte Constitucional ha señalado que los usuarios del Sistema General de Seguridad Social tienen derecho a escoger la Institución Prestadora de Servicios de Salud, siempre y cuando pertenezcan a la red de servicios adscrita a la EPS a la cual está afiliado. Esta regla sólo tiene las siguientes excepciones: (i)

¹⁵ T-481 de 2016.

que se trate del suministro de atención en salud por urgencias, (ii) cuando la EPS expresamente lo autorice o (iii) 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.”

En ese orden, se tiene entonces que el derecho a la libre escogencia de IPS no es un derecho fundamental absoluto, en la medida en que se encuentra circunscrito a la existencia de contrato o convenio vigente entre la EPS accionada y la IPS requerida por el afiliado, salvo que se trate de atención de urgencias en salud, que la E.P.S expresamente lo autorice o cuando esté en incapacidad técnica de cubrir las necesidades en salud del afiliado y que la IPS receptora garantice la prestación integral, de buena calidad y no existan afectaciones en las condiciones de salud de los usuarios.

Establecidos entonces los lineamientos generales sobre los cuales versará la resolución del problema jurídico señalado en precedencia, se procederá al estudio del:

5.3.3. Caso en concreto:

Descendiendo al caso bajo estudio, se observa que en el escrito de tutela presentado por el señor **ALFONSO JOSÉ ESCÁRRAGA TACHE**, se solicita la protección de los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas y libertad de escogencia de IPS, los cuales considera vulnerados por parte de la **UNIÓN TEMPORAL TOLIHUILA**, al no garantizar la atención en salud que requiere, en la IPS CLÍNICA SHAI0.

Para soportar sus pretensiones, la parte actora allegó historial clínico que permite evidenciar que recibió de manera particular, tratamiento de radiocirugía en la IPS Clínica Shaio el día 09 de diciembre de 2011, y controles médicos posteriores durante los días 27 de diciembre de 2011, 04 de febrero y 05 de diciembre de 2013, agosto de 2014 y 09 de octubre de 2023 (v. núm. 3.1). Y que en la última valoración, se vislumbra que el médico neurocirujano propuso tratamiento de radioneurocirugía gamma Knifer fraccionada y refirió que el paciente era posible candidato para fijación con máscara termoplástica.

De igual forma, se evidencia que el 13 de septiembre de 2023 el accionante asistió a consulta de neurocirugía con el Dr. Nelson Alberto Morales, por parte de la Unión Temporal Tolihuila, en la que conceptuó como conducta o plan de tratamiento, lo siguiente: *“considero paciente que debe tener concepto por radiocirugía, que se recomienda sea en el mismo sitio donde fue radiotratado”* (v. núm. 3.2).

Por su parte, la Unión Temporal Tolihuila afirmó que la IPS Clínica Shaio no hace parte de su red de instituciones prestadoras de servicios de salud, y acreditó que en virtud a la prescripción médica generada a la parte actora, coordinó consulta de radiocirugía para el día 25 de octubre de 2023 a las 10 am en el Instituto Neurológico de Colombia (v. nums. 4.1.1 y 4.1.2), respecto del cual aseveró hace parte de su red prestadora, aunado a tratarse de una institución de alto nivel de complejidad que cuenta con la capacidad técnica instalada para la prestación del servicio pretendido, además de ostentar el personal idóneo y altamente cualificado para ello, y ofrecer el tratamiento de radiocirugía robótica -Cyberknife para el tratamiento de cáncer y tumores en cerebro, señalando que este es el único sistema robótico de radiocirugía existente, no invasivo y que permite tratar lesiones que por su localización y difícil acceso, no son operables.

Conforme a lo expuesto, es del caso señalar que en el *sub judice* no se encuentra acreditada la vulneración de los derechos fundamentales invocados por la parte actora, por los siguientes motivos:

Inicialmente, vislumbra el Despacho que la Unión Temporal Tolihuila acreditó el cumplimiento de las obligaciones que le asisten en virtud del Contrato de Prestación de Servicios en Salud suscrito con la Fiduprevisora S.A., al disponer a favor del usuario y a través de las instituciones en salud que integran su red de prestadores, la garantía del servicio en salud que ha requerido y ello se encuentra soportado en los fundamentos fácticos del libelo tutelar, en los que expone que en virtud a los síntomas presentados por el accionante, acudió a su entidad de salud y accedió a los servicios de medicina general y familiar, exámenes de laboratorio, ayudas diagnósticas y consulta especializada en neurocirugía, en la que finalmente se prescribió la remisión al servicio de radiocirugía requerido, el cual fue direccionado y coordinado por la Unión Temporal Tolihuila, hacía el Instituto Neurológico de Colombia, no obstante, fue rechazado por el accionante, quien demanda su atención en la IPS Clínica Shaio, dado que de manera previa y particular, ha sido tratado por dicha especialidad en esa institución.

Si bien la Judicatura no desconoce el interés que le asiste a la parte actora en recibir la atención en salud en una institución en la que previamente fue tratado por el mismo servicio y diagnóstico, y que además ostenta al interior del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el derecho a la libre escogencia de IPS en la que se suministrarán los servicios requeridos, lo cierto es que, según se indicó en precedencia, dicha garantía no es absoluta, toda vez que la IPS que pretenda escoger el usuario, debe pertenecer a la red de servicios de la entidad de salud a la cual se encuentra afiliado, salvo que se presente alguna de las siguientes excepciones: “i) Que sea por los servicios de urgencias; ii) cuándo exista autorización expresa de la EPS; iii) o bajo el presupuesto de que la EPS esté en incapacidad técnica de cubrir las necesidades en salud de sus afiliados y que la IPS receptora no garantice la prestación integral, de buena calidad y no existan afectaciones en las condiciones de salud de los usuarios”¹⁶.

En ese sentido, se advierte en el presente asunto no concurren las circunstancias descritas, toda vez que el servicio requerido no corresponde a una atención en salud por urgencias, tampoco existe autorización expresa de la Unión Temporal Tolihuilá, y no se encuentra acreditado que el accionado esté en incapacidad técnica de suministrar el servicio al afiliado, pues, por el contrario, procedió a coordinar el mismo a través de su red prestadora, y al no ser aceptado por el usuario, mal podría afirmarse que la IPS a la cual fue direccionado, esto es, el Instituto Neurológico de Colombia, no está en condiciones de garantizar la prestación integral o de buena calidad que requiere el accionante.

Al respecto, es importante señalar que la Corte Constitucional ha precisado que los afiliados deben acogerse a las IPS a las cuales sean remitidos para la atención de su salud, aunque prefieran otra, siempre y cuando la IPS receptora brinde una prestación integral del servicio:

“Las EPS, de conformidad con las normas vigentes, tienen la libertad de decidir con cuáles instituciones prestadoras de salud suscriben convenios y para qué clase de servicios. Para tal efecto, el único límite constitucional y legal que tienen, radica en que se les garantice a los afiliados la prestación integral del servicio. De allí que, salvo casos excepcionales o en atención de urgencias, los afiliados deben acogerse a las instituciones a donde son remitidos para la atención de su salud, aunque sus preferencias se inclinen por otra institución. En todos estos procesos están en juego los criterios que operan tanto en el afiliado al momento de contratar con determinada EPS, o de cambiar de EPS, por no estar de acuerdo con las instituciones de salud donde aquella tiene convenios”

Aunado a esto, en Sentencia T-614 de 2003 señaló la citada Corporación, que “las Entidades Promotoras de Salud están en libertad de contratar con las entidades que crean convenientes y que estén en capacidad de prestar los servicios requeridos por los usuarios, y no con las preferidas por éstos.”

Bajo ese entendido, vemos entonces como el derecho a la libre escogencia de IPS no es absoluto, al encontrarse limitado por la regulación aplicable, y según la cual, dicha escogencia debe corresponder a las instituciones que hagan parte de la red de prestadores de la entidad de salud a la cual se encuentra afiliado el usuario, salvo que concurren las circunstancias señaladas por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional y respecto de las cuales se reitera, no se presentan en este asunto.

Ahora bien, en atención a que el usuario fue valorado de manera particular por la especialidad de radiocirugía de la Clínica Shaio y en la misma se prescribió el procedimiento de “tratamiento de radioneurocirugía gamma Knifer fraccionada” y posible uso de “máscara termoplástica”, es importante precisar que, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, los servicios médicos requeridos por el usuario, deben en principio ser ordenados por el médico adscrito a la entidad de salud a la cual se está afiliado, no obstante, se ha dispuesto que el criterio de un médico externo, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si:

“(i) La entidad conoce la historia clínica particular de la persona y, al tener noticia de la opinión emitida por un médico ajeno a su red de servicios, no la descarta con base en información científica;

(ii) Los médicos adscritos valoraron inadecuadamente a la persona que requiere el servicio;

(iii) El paciente ni siquiera ha sido sometido a la valoración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión;

¹⁶ Sentencias T-745 de 2013, T-171 de 2015 y T-069 de 2018, reiteradas en la sentencia T-062 de 2020

(iv) *La entidad ha valorado y aceptado los conceptos de médicos no inscritos como “tratante”, incluso en entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.*¹⁷

En tales circunstancias, ha dispuesto la Corte Constitucional que el concepto médico externo vincula a la entidad aseguradora de salud y le obliga a “confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones suficientes, razonables y científicas, adoptadas en el contexto del caso concreto”, y en ese orden, se ha determinado que se vulnera el derecho a la salud cuando se niega un servicio médico solo bajo el argumento de haberse prescrito por un médico externo, pese a que: (i) Existe un concepto de un médico particular; (ii) Es un profesional reconocido que hace parte del Sistema de Salud; y (iii) La entidad no ha desvirtuado dicho concepto, con base en razones científicas.

Para el caso en concreto, se tiene que la atención en salud que se demanda en la Clínica Shaio, no fue autorizada por la Unión Temporal Tolihuila, dado que la citada institución no hace parte de su red de prestadores, no obstante, se acreditó haberse dispuso de manera consecuente, el direccionamiento y programación del servicio de radiocirugía requerido, hacia el Instituto Neurológico de Colombia, y al no materializarse el mismo, dada la negativa del afiliado en recibir la atención, el accionado no ha tenido la oportunidad de garantizar una valoración especializada a través de su red de prestadores, en aras de confirmar, descartar o modificar con criterio suficiente, razonable y científico, el tratamiento que le fue indicado de manera particular, y tampoco podría inferirse que se ha valorado inadecuadamente al accionante, pues ello no se encuentra acreditado.

Así las cosas, no es posible inferir en el presente asunto la vulneración de las garantías fundamentales incoadas, y por lo tanto, no queda otro camino más que denegar el amparo y la medida provisional¹⁸ formulada por el accionante. Igualmente, por considerarlo pertinente, se EXHORTARÁ al actor, a atender oportunamente las recomendaciones que genere su entidad de salud – Unión Temporal Tolihuila, en aras de propender por su cuidado y el acceso a la atención especialidad que requiere.

IV. DECISIÓN

Conforme lo expuesto, la Juez Séptima Administrativa de Oralidad del Circuito de Ibagué – Distrito Judicial del Tolima, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DENEGAR la acción de tutela y medida provisional formulada por el señor **ALFONSO JOSÉ ESCÁRRAGA TACHE**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 12.525.310 de Ibagué Tolima, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: EXHORTAR al señor **ALFONSO JOSÉ ESCÁRRAGA TACHE**, a atender oportunamente las recomendaciones que genere su entidad de salud – Unión Temporal Tolihuila, en aras de propender por su cuidado y el acceso a la atención especialidad que requiere.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes el contenido de esta decisión, por el medio más expedito, conforme a lo previsto en el artículo 30 del Decreto- Ley 2591 de 1991. **Y de no ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes, remítase la actuación para ante la Corte Constitucional, para su eventual revisión.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



INÉS ADRIANA SÁNCHEZ LEAL
JUEZ

¹⁷ Sentencia T-235/18

¹⁸ Índice 10 SAMAI.