

REPUBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO**

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Referencia: IMPUGNACIÓN TUTELA

Radicado No: 2020-00711

Accionante: ELVIRA GUAYAZAN RUBIO

Accionada: EMSSANAR EPS-S

Procede el despacho a proferir la **SENTENCIA** de segunda instancia que en derecho corresponda para finiquitar el trámite de la **IMPUGNACIÓN DE TUTELA** de la referencia.

I.- ACCIONANTE:

Se trata de la señora **ELVIRA GUAYAZAN RUBIO**, mayor de edad, quien actúa en nombre propio.

II.- ACCIONADA:

Se dirige la presente **ACCION DE TUTELA** contra **EMSSANAR EPS-S**.

III.- DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS:

La petente cita como tal el derecho a la **SALUD**.

IV.- OMISION ENDILGADA A LA ACCIONADA:

Señala la accionante que solicitó una portabilidad a la ciudad de Bogotá el 9 de octubre de 2020, pues su diagnóstico es "CÁNCER DE CERVIX DISEMINADO" y requiere tratamiento en esta ciudad por no contar con familiares que puedan encargarse de sus cuidados en la ciudad de Pasto.

Indica que le informaron que había realizado la portabilidad por un año, pero en realidad fue para dos meses.

Refiere que el 13 de octubre de 2020 ingresó por urgencias al Hospital Simón Bolívar donde los médicos solicitaron su traslado u otro hospital para procedimientos denominados "paracentesis y toracentesis" los que no se pueden realizar allí porque no hay equipos; que llevan 12 días solicitando el traslado y no se ha dado respuesta por parte de la EPS accionada EMSSANAR.

Manifiesta que radicó dos PQR en la Superintendencia de Salud y a EMSSANAR EPS y han pasado 8 días y la EPS no genera respuesta.

Aduce que se encuentra en delicado estado de salud, sin que se haya solucionado su traslado y autorización del tratamiento.

Pretende con esta acción se ordene a la accionada y/o a quien corresponda autorizar y gestionar traslado de la paciente y garantizar tratamiento médico en la ciudad de Bogotá como el suministro de los insumos que requiera la paciente.

V.- TRAMITE PROCESAL:

Admitida la solicitud por el a-quo, (JUZGADO 41 CIVIL MUNICIPAL de la ciudad), se ordenó notificar a la accionada y a los vinculados (Hospital Simón Bolívar e Instituto Nacional de Cancerología) a quienes se les solicitó rindieran informe respecto a los hechos aducidos por la petente.

VI.- FALLO DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juez a-quo (41 CIVIL MUNICIPAL de Bogotá) mediante proveído impugnado, dispuso CONCEDER la protección constitucional a los derechos fundamentales de la accionante y ORDENO a EMSSANAR EPS-S que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo **"autorice y tramite la solicitud de traslado de los servicios de salud de Elvira Guayazán Rubio a la ciudad de Bogotá"** y también **"garantizar sin interrupción el tratamiento integral que necesite la agenciada en torno a su patología de "cáncer de cervix diseminado" que sufre, en el Instituto Nacional de Cancerología, para realizar procedimientos médicos de paracentesis y toracentesis, siempre y cuando los procedimientos y medicamentos sean prescritos por su médico tratante y las tecnologías y tratamiento no financiados con cargo a la UPC se prescriban por medio de la plataforma Mipres, o la que para el efecto disponga el Ministerio de Salud"**.

VII. IMPUGNACIÓN:

Impugna la sentencia de primera instancia la accionada EMSSANAR EPS-S, manifestando concretamente que se encuentra en desacuerdo con la orden de cubrir **tratamiento integral**, dado que no se evidencia que se hayan configurado motivos que lleven a inferir que la EPS haya vulnerado o vaya a vulnerar o negar servicios a la usuaria en el futuro, de manera subsidiaria, en caso de confirmarse el tratamiento integral, se aclare si además de servicios NO PBS, incluye las denominadas exclusiones, pues estas no cuentan con asignación presupuestal y en principio deberían ser cubiertas por el sistema de salud, pues no tienen incidencia directa en la recuperación del paciente, facultando el recobro ante el ADRES, en lo que no sea de su responsabilidad.

VIII. CONSIDERACIONES:

1.- LA ACCIÓN DE TUTELA, constituye un logro alcanzado por la colectividad con ocasión de la expedición de la Constitución Política de 1991,

para frenar los desafueros de las autoridades, cuando quiera que con hechos u omisiones comprometan los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La finalidad de esa acción es lograr que, a falta de vía judicial ordinaria, mediante un trámite preferente y sumario, el juez ante quien se acuda dé una orden de actuar o abstenerse de hacerlo, tendiente a hacer cesar la vulneración o amenaza de violación denunciada.

El art. 86 de nuestra Carta magna así lo consagró. También advirtió su procedencia contra particulares encargados de la prestación de servicios públicos o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de indefensión o subordinación.

2.- DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS.

El art. 11 de la C.P. consagró el derecho a **LA VIDA**, en dicho normativo se dispuso: **"El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte"**.

Sobre ese mismo derecho, la Corte Constitucional, en Sentencia T-370 de 1998, Magistrado **ALFREDO BELTRAN SIERRA**, dijo:

"La protección y conservación del derecho a la vida escapa a cualquier discusión de carácter legal o contractual. No es aceptable que en un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), y en la conservación del valor de la vida (Preámbulo y artículo 11 de la Constitución), se pueda tolerar que ante el apremio de un individuo de recibir un tratamiento médico para conservar su existencia, se antepongan intereses de carácter económico, o una disposición de carácter legal, tal como sucedió en el caso del señor, que ante la falta de recursos para cubrir el porcentaje que por disposición legal estaba obligado a aportar, no se le suministró el tratamiento requerido"

LA SALUD es ahora un derecho elevado a categoría de fundamental autónomo.

Respecto de ese tema, en sentencia T-121/15 la Corte Constitucional expresó:

"Ahondando en la faceta de la salud como derecho, resulta oportuno mencionar que ha atravesado un proceso de evolución a nivel jurisprudencial y legislativo, cuyo estado actual implica su categorización como derecho fundamental autónomo. Para tal efecto, desde el punto de vista dogmático, se consideró que dicha característica se explica por su estrecha relación con el principio de la dignidad humana, por su vínculo con las condiciones materiales de existencia y por su condición de garante de la integridad física y moral de las personas.

Esta nueva categorización fue consagrada por el legislador estatutario en la Ley 1751 de 2015, cuyo control previo de constitucionalidad se ejerció a través de la Sentencia C-313 de

2014. Así las cosas, tanto en el artículo 1 como en el 2, se dispone que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable y que comprende –entre otros elementos– el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción.”

Mucho más ha de exigirse respecto al derecho a la Salud por parte del Estado, pues aquél fue consagrado a cargo de este como un servicio público, el cual comporta garantizar **“a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”, correspondiéndole al ente estatal “organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes...”** (art. 49 de la C.P.).

Por eso, **“Las entidades públicas y privadas prestadoras de servicios asistenciales de salud y de seguridad social, deben, directamente o mediante un tercero, suministrar la atención médica, quirúrgica, hospitalaria y demás servicios indispensables en los lugares y condiciones que exija el caso concreto de cada paciente, teniendo muy en cuenta su estado de gravedad; en pocas palabras, el Estado es responsable de garantizar que las entidades de previsión social estén dispuestas en todo momento a brindar atención oportuna y eficaz a sus usuarios”** (Sentencia T-531 de 1994, M.P. Dr. FABIO MORON DIAZ).

3.- PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER:

Corresponde al despacho teniendo en cuenta los hechos y antecedentes de esta acción constitucional, así como la decisión adoptada por el juez de primera instancia establecer si hay o no lugar a conceder a la accionante el tratamiento integral ordenado en el fallo, decisión con la que se encuentra en desacuerdo la EPS accionada motivo por el cual impugnó y si hay lugar a ordenar el recobro ante el ADRES.

4.- CASO CONCRETO:

De entrada, se advierte que se **CONFIRMARÁ** el fallo objeto de impugnación, por lo siguiente:

1.- Frente al **tratamiento integral** concedido por el a-quo, siendo el punto de inconformidad por parte de la EPS impugnante, se le observa que esa decisión no se revocará, por lo que a continuación se indica:

La Corte Constitucional ha puntualizado las condiciones para la concesión del tratamiento integral en la sentencia T-259/19, así:

“El tratamiento integral tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante del accionante[43]. “Las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos, e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos”[44]. En esa medida, el objetivo final del tratamiento integral consiste en “asegurar la

atención (...) de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes”[45].

Por lo general, se ordena cuando (i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello ponga en riesgo los derechos fundamentales del paciente[46]. Igualmente, se reconoce cuando (ii) el usuario es un sujeto de especial protección constitucional (como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas); o con aquellas (iii) personas que “*exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas*”[47].

El caso de la accionante se enmarca en la primera y segunda de esas hipótesis, es decir, que el tratamiento integral es procedente cuando “**el usuario es un sujeto de especial protección constitucional (como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas)**” pues la accionante es adulto mayor y cuenta con diagnóstico de “**cáncer de cervix, recaída tumoral**”, por tanto, siendo deber de la EPS garantizarle el tratamiento que la accionante requiere para la patología que la agobia no lo ha cumplido, como lo advirtió el juez de instancia.

Sin embargo, también en dicho fallo la Corte Constitucional señaló que el tratamiento integral no procede para órdenes indeterminadas ni para prestaciones futuras e inciertas, sino que debe concretarse al diagnóstico establecido por el médico tratante:

“El juez constitucional en estos casos debe precisar el diagnóstico que el médico tratante estableció respecto al accionante y frente al cual recae la orden del tratamiento integral. Lo dicho teniendo en consideración que no resulta posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer prestaciones futuras e inciertas; lo contrario implicaría presumir la mala fe de la EPS en relación con el cumplimiento de sus deberes y las obligaciones con sus afiliados, en contradicción del artículo 83 Superior.”

En este caso, el fallo de primera instancia ordenó el tratamiento integral para la enfermedad que agobia a la accionante, concretándolo para **“garantizar sin interrupción el tratamiento integral que necesite la agenciada en torno a su patología de “cáncer de cérvix diseminado” que sufre, en el Instituto Nacional de Cancerología, para realizar procedimientos médicos de paracentesis y toracentesis, siempre y cuando los procedimientos y medicamentos sean prescritos por su médico tratante y las tecnologías y tratamiento no financiados con cargo a la UPC se prescriban por medio de la plataforma Mipres, o la que para el efecto disponga el Ministerio de Salud”,** por ende, que el mismo deba confirmarse.

Lo anterior también lo venía señalando la Corte Constitucional, como en la sentencia T-760-08:

“Es importante subrayar que el principio de integralidad no significa que el interesado pueda pedir que se le suministren todos los servicios de salud que desee o estime aconsejables. Es

el médico tratante adscrito a la correspondiente EPS el que determina lo que el paciente requiere. De lo contrario el principio de integralidad se convertiría en una especie de cheque en blanco, en lugar de ser un criterio para asegurar que al usuario le presten el servicio de salud ordenado por el médico tratante de manera completa sin que tenga que acudir a otra acción de tutela para pedir una parte del mismo servicio de salud ya autorizado.”

2.- Con relación al otro punto de la impugnación, esto es, inconformidad por no haberse ordenado el recobro debe decirse que tampoco se acogerá, por la siguiente razón:

Las EPS están obligadas a prestar oportunamente la atención médica aun cuando se trate de procedimientos, medicamentos y demás que no se encuentran en el Plan de Beneficios en Salud y su derecho a repetir el valor de las prestaciones que deba atender con ocasión del cumplimiento de un fallo de tutela no surge propiamente de la orden que imparta el funcionario judicial sino del suministro de los servicios que no se encuentren incluidos en el Plan de Beneficios en Salud lo que debe acreditar ante la entidad, en este caso, ante el ADRES.

Sobre el punto se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008, así:

“6.2.1.1.5. En el mismo sentido, la exigencia de que el fallo de tutela otorgue explícitamente la posibilidad de recobro ante el Fosyga también debe ser interpretada conforme a la Constitución, en cuanto es el pago de un servicio médico no incluido en el plan de beneficios, lo que da lugar al surgimiento del derecho al reembolso de la suma causada por la prestación del servicio, y no la autorización de un juez o del CTC. En relación con este último aspecto, la Corte advierte que en ningún caso el Fosyga está obligado al reembolso de los costos generados por servicios médicos que hagan parte del Plan de Beneficios”.

En este caso el Juez de instancia le ordenó a la EPS accionada garantizarle a la tutelante el tratamiento integral, debiendo aquella acreditar ante el ADRES que algún servicio médico que preste no se encuentra incluido en el Plan de Beneficios en Salud, y que, por ello, no está obligada a asumir su costo.

Por lo anterior, se CONFIRMARÁ el fallo de primera instancia.

IX.- DECISION:

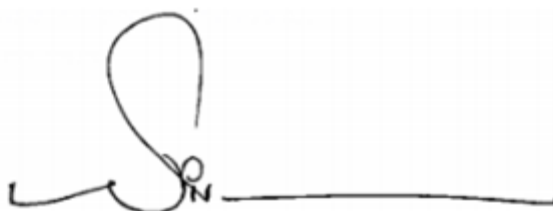
En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO** de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR el FALLO de tutela calendado 04 de noviembre de 2020, proferido por el Juzgado 41 Civil Municipal de esta ciudad.

SEGUNDO: Por Secretaría, **notifíquese** el presente fallo en la forma establecida por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la Acción de Tutela.

TERCERO: Ordenar la **remisión** oportuna del expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión del fallo. **Ofíciase.**

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'S' or 'W' shape followed by a horizontal line and a small flourish.

WILSON PALOMO ENCISO
JUEZ

NA