

INFORME SECRETARIAL. Cali, marzo 8 de 2021. A Despacho del señor Juez la presente acción de tutela con decisión de segunda instancia confirmado el fallo. Favor proveer.



DIEGO SALAZAR DOMINGUEZ
Secretario

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE CALI

Providencia Nro. 240
Radicación Nro. 2020-00274-01

Cali, marzo ocho (8) de dos mil veintiuno (2021)

OBEDEZCASE Y CUMPLASE. Teniendo en cuenta lo dispuesto por el Tribunal Superior de Cali Sala de Familia, se estará a lo resuelto.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Cali – Valle del Cauca,

RESUELVE:

PRIMERO: **ESTARSE** a lo resuelto por el Tribunal Superior de Cali Sala de Familia.

SEGUNDO: **NOTIFICAR** la presente Providencia a las partes conforme a la ley.

NOTIFÍQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

EL JUEZ,



ARMANDO DAVID RUIZ DOMINGUEZ

d.s.d
tutela

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI



SALA DE FAMILIA

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Impugnación Tutela n° 76 001 31 10 003 2020 00274 01

Aprobado y discutido mediante acta n° 26 de cinco (05) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO A TRATAR

Se procede a resolver la impugnación formulada por Nueva EPS S.A., contra la sentencia 067 de 5 de diciembre de 2020, dictada por el Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Cali, dentro de la acción de tutela interpuesta por Luz Stella Rivas Flórez contra la impugnante.

LO PRETENDIDO

La demandante de tutela deprecó la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida. Para su efectividad, solicitó que se ordene a la Nueva Empresa Promotora de Salud Nueva EPS S.A., que le programe la realización de la intervención de "SEPTOPLASTIA PRIMARIA TRASNASAL ENDOSCOPICA" que

le fue ordenada por el médico tratante. Además, como medida provisional, solicitó que se ordene a la convocada prestarle los servicios de salud requeridos como exámenes y procedimientos, de manera integral.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

En el libelo de tutela se afirmaron los siguientes:

1. La promotora se halla afiliada al subsistema de salud a través de Nueva EPS S.A.
2. Desde el 1º de julio de 2020 tenía programada la realización de un procedimiento denominado “SEPTOPLASTIA PRIMARIA TRASNASAL ENDOSCOPICA”, ordenada por el galeno tratante debido a la dificultad para respirar que la aqueja; pero no ha sido posible que se la realicen porque la EPS accionada manifiesta como pretexto que no tiene agenda disponible.

TRÁMITE Y RÉPLICA

1. En el auto que admitió la acción de tutela¹ se dispuso la notificación a la accionada y la vinculación de la Clínica de Occidente, la Gerente Regional de Nueva EPS y la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social ADRES; a las que se concedió el término de dos días para pronunciarse acerca de la

¹ Auto de 25 de noviembre de 2020, folios 9 – 10.

solicitud tutelar. Ahí mismo decretó la medida provisional solicitada, ordenando a la EPS convocada que suministre la atención médica integral a la promotora.

2. El 3 de diciembre de 2020 el despacho de conocimiento ordenó la vinculación de la entidad Salud de Occidente – Angiografía de Occidente S.A. sede Villa Colombia, y le otorgó un día para pronunciarse sobre la solicitud de tutela (Fl. 13).

3. Los intervinientes guardaron silencio.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez Tercero de Familia de Oralidad de Cali² accedió al amparo suplicado; y, para su efectividad resolvió: “(...) **ORDENAR a la DIRECCION/REPRESENTANTE LEGAL y la GERENCIA REGIONAL de la NUEVA EPS y DIRECCIÓN/GERENCIA de la CLINICA DE OCCIDENTE**, que en el término de cuarenta y ocho horas (48:00) contados a partir de la notificación de la presente Sentencia, disponga todo lo necesario en su responsabilidad y competencia, para brindar el servicio de salud integral oportuno que el paciente requiere, conforme lo dispuesto en esta sentencia y la jurisprudencia constitucional indicada precedentemente, especialmente en cuanto al procedimiento quirúrgico **SEPTOPLASTIA PRIMARIA VIA TRANSNASAL ENDOSCOPICA y TURBINOPLASTIA VIA TRANSNASAL ENDOSCOPICA**, ordenado por médico tratante y garantizar el tratamiento especializado e integral

² Sentencia 067 de 5 de diciembre de 2020. Folios 17 – 31.

y sin que recobros o copagos sean obstáculos para brindar el servicio, pudiendo ejercer las acciones pertinentes de ley a dicho efecto. Se ordena igualmente que se garantice el acceso al resto de servicios médicos e interdisciplinarios que sean necesarios para proseguir el tratamiento necesario e integral y continuo que permita el pleno tratamiento y el mayor restablecimiento posible del estado de salud de la paciente, con lo cual se garantiza la ATENCIÓN EN SALUD INTEGRAL, la continuidad en la prestación del servicio y se evita que el paciente deba interponer nuevas acciones de tutela por cada servicio que le sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad con ocasión de su padecimiento y conexos: DESVIACIÓN DEL TABIQUE NASAL.”

LA IMPUGNACIÓN

La Representante Judicial de Nueva EPS S.A. impugnó el fallo alegando que la promotora está vinculada a través del régimen contributivo de salud; por tanto, una de sus obligaciones con el sistema, es contribuir con los pagos de cuotas moderadoras y copagos, con base en su IBC; además, que la patología presentada por la afiliada no está catalogada como exenta. Recordó que la regulación de esas contribuciones está en el Acuerdo 260 de 2004 y Circular 016 de 2014, donde se expresa que se exoneran exclusivamente los servicios de promoción y prevención y las enfermedades catastróficas o de alto costo.

Reprochó la orden de dar el tratamiento integral, por considerar que se impartió hacia el futuro y de manera incierta sobre servicios indeterminados que finalmente son cubiertos con

los recursos del SGSSS, a pesar de la prohibición de que éstos se destinen a financiar prestaciones suntuarias. En consecuencia, solicitó que sea revocada la decisión de ordenar la cobertura del tratamiento integral y la exoneración de copagos y cuotas moderadoras, contenidas en el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela. Esta especial institución, consagrada en el artículo 86 de la Carta Política de 1991, es un instrumento jurídico especial, autónomo, subsidiario y de aplicación inmediata, para la protección de derechos constitucionales fundamentales, cuando sean violados o amenazados por una autoridad pública, o por personas privadas en algunos casos específicos previstos por el legislador, si el afectado se halla en estado de indefensión frente al trasgresor, por conductas activas u omisivas, con las que se viola o pone en peligro de vulneración aquellos derechos fundamentales. Pero se requiere que no exista otro medio defensivo de naturaleza judicial; o que, aun existiendo, no sea eficaz para evitar la consolidación de un perjuicio irremediable; pues, en este caso procede la tutela como mecanismo transitorio para evitar ese perjuicio, cuyos efectos avancen hasta el llamado punto de no retorno. Así se ha definido lo que nuestra Constitución denominó acción de tutela, también conocido como **“tutela constitucional directa”**.

2. El problema jurídico propuesto. Consiste en establecer si Nueva EPS S.A. ha vulnerado el derecho a la salud de la quejosa constitucional, con el retardo injustificado para la programación

de unos procedimientos prescritos por su médico tratante; y, si tal como lo afirma la entidad accionada, deben revocarse las órdenes de suministrar tratamiento integral a su afiliada, y exonerarla de copagos y cuotas moderadoras.

3. El derecho fundamental a la salud. Es sabido que, a partir de la expedición de la Ley 1751 de 2015, el derecho a la salud es un componente o elemento esencial del Sistema General de Seguridad Social Integral, y se erige como una prerrogativa fundamental, autónoma y exigible a través de la acción de tutela. También resulta indiscutible la atención en salud tiene naturaleza de servicio público, porque la prestación eficiente constituye cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Al respecto, en sentencia T-234 de 2013, la Corte Constitucional consideró:

“(...) las Entidades Promotoras de Salud, al tener encomendada la administración de la prestación de estos servicios, que a su vez son suministrados por las IPS, no pueden someter a los pacientes a demoras excesivas en la prestación de los mismos o a una paralización del proceso clínico por razones puramente administrativas o burocráticas, como el cambio de un contrato médico. En efecto, cuando existe una interrupción o dilación arbitraria, esto es, que no está justificada por motivos estrictamente médicos, las reglas de continuidad y oportunidad se incumplen y en consecuencia, al prolongarse el estado de anormalidad del enfermo y sus padecimientos, se

desconoce el derecho que tiene toda persona de acceder en condiciones dignas a los servicios de salud.”.

4. El caso bajo examen. Abordado el examen crítico del presente asunto, resulta lo siguiente:

(i) El caudal probatorio que obra en el *dossier*, en especial el informe de ingreso de la paciente Luz Stella Rivas Flórez a la Clínica de Occidente (Fl. 5), revela que le fue diagnosticada una “*DESVIACIÓN DEL TABIQUE NASAL*” con código 0342. Por ello, el **1° de julio de 2020**, el médico tratante, Michael Lozano Galeano, especialista en otorrinolaringología, le ordenó los procedimientos: “*TURBINOPLASTIA VÍA TRASNASAL ENDOSCOPICA*”, y “*SEPTOPLASTIA PRIMARIA VIA TRASNASAL ENDOSCOPICA*”. Así consta en la solicitud de servicios de salud anexada (Fl. 7). Desde la expedición de tal orden hasta hoy, han pasado casi 7 meses, y todavía no se ha logrado la programación y realización de tales intervenciones a la reclamante de amparo.

Esta inexplicable resistencia de la entidad accionada para cumplir con su obligación constitucional y legal de atender sin dilaciones injustificadas las órdenes y prescripciones dadas a sus pacientes afiliados, por los médicos adscritos a ella, constituye flagrante violación de los derechos a la salud, la seguridad social y la vida digna de la promotora. Es que ni siquiera se ha iniciado el tratamiento médico dispuesto por el profesional de la medicina, lo cual, sin duda, ha impedido durante siete largos meses que la quejosa constitucional tenga la posibilidad de recuperar su salud, o al menos controlar sus dolencias. Eso, ni más ni menos, demuestra la negligencia y las trabas administrativas que viene

padeciendo, por cuenta de la entidad accionada y la IPS adscrita a su red de prestadores de servicios de salud. En consecuencia, es necesaria la intervención del juez constitucional para evitar que continúen las nocivas prácticas que aquí se cuestionan, con las cuales la entidad accionada viene conculcando gravemente el derecho a la salud de la promotora.

(ii) En lo concerniente a la orden dada en el fallo impugnado de exonerar de los copagos y cuotas moderadoras a la paciente y ahora reclamante de amparo, ciertamente son aportes en dinero que debe hacer el afiliado o beneficiario del subsistema de salud, según el caso. También es oportuno memorar que ha sido reiterativa la jurisprudencia constitucional en establecer o aceptar la exoneración de tales pagos en eventos muy específicos en los que debe considerar la urgencia de la prestación de los servicios grabados con el aporte, así como el estado de necesidad del paciente y a la imposibilidad de sufragar los gastos médicos, debido a por su alto valor o porque su desembolso afecte otros derechos fundamentales, como el mínimo vital.

La Resolución 5857 de 2018, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, por medio de la cual se actualizó el Plan de Beneficios de Salud, el literal A del artículo 123, cataloga las enfermedades catastróficas y las de alto costo en el régimen contributivo de salud; y en ese listado no aparece la “*DESVIACIÓN DEL TABIQUE NASAL*”, padecida por la quejosa constitucional.

Por otra parte, ni de los elementos de prueba incorporados al expediente, ni siquiera de las declaraciones de la promotora, surgen elementos de juicio para declarar que ésta se halla

soportando una situación de tal precariedad o estado de necesidad, que requiera la exoneración de esas contribuciones. Más todavía, ni siquiera en el *petitum* tutelar se reclamó ese tipo de órdenes, ni se afirmaron hechos que sugirieran esa necesidad.

En definitiva, esa decisión de primer grado, carece de todo fundamento fáctico y jurídico; luego, no puede ser prohiada. En consecuencia, se revocará.

(iii) En relación con la orden de tratamiento integral para la quejosa constitucional, es necesario destacar que uno de los principios regentes del subsistema de salud, es el de integralidad. Es de su esencia la necesidad de que los encargados de la prestación de los servicios asistenciales, además de autorizarlos, realmente hagan efectiva su prestación y cumplimiento en debida oportunidad, con apego a lo que disponga el profesional de la medicina, según lo estime pertinente para su paciente.

Le asiste razón a la impugnante cuando afirma que los mandatos en materia de salud no pueden ser abstractos; pues, en efecto, la prestación de los servicios debe atender a obligaciones concretas cuyas órdenes “*se encuentran sujetas a los conceptos que emita el personal médico, (...) se trata de garantizar el derecho constitucional a la salud de las personas, siempre teniendo en cuenta las indicaciones y requerimientos del médico tratante*”, como lo dejó advertido la Corte Constitucional en la sentencia T-053 de 30 de enero de 2009.

La misma Corporación, en la Sentencia T-081 de 26 de febrero de 2019, reiteró su postura en este preciso punto así:

“(…) para que un juez de tutela ordene el tratamiento integral a un paciente, debe verificarse (i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación³, poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte⁴; y (ii) que existan las órdenes correspondientes,

³ Cfr., Sentencias T-030 de 1994, T-059 de 1997, T-088 de 1998, T-428 de 1998, T-057 de 2013, T-121 de 2015, T-673 de 2017. De conformidad con lo expuesto en la Sentencia T-057 de 2013, este tipo de negligencias se reprochan porque: *“pueden implicar la distorsión del objetivo del tratamiento o cirugía ordenada inicialmente, prolongar el sufrimiento, deteriorar y agravar la salud del paciente e incluso, generar en éste nuevas patologías, y configurar, en consecuencia, una grave vulneración del derecho a la salud, a la integridad personal y a la vida digna de un paciente”*.

⁴ Cfr., Sentencias T-224 de 1999, T-760 de 2008, T-520 de 2012, T-673 de 2017, T-405 de 2017, T-069 de 2018. Al respecto, la Sentencia T-224 de 1999, adujo que: *“no es normal que se retrase la autorización de cirugías, exámenes o tratamientos que los mismos médicos del I.S.S. recomiendan con carácter urgente, pues ello va en contra de los derechos a la vida y a la integridad física de los afiliados no solamente cuando se demuestre que sin ellos el paciente puede morir o perder un miembro de su cuerpo, sino también cuando implican la demora injustificada en el diagnóstico y, por consiguiente, en la iniciación del tratamiento que pretende el restablecimiento de la salud perdida o su consecución”*. La Sentencia T-760 de 2008, por su parte, reconoció que *“Toda persona tiene derecho a acceder integralmente a los servicios de salud que requiera. En tal sentido, toda persona tiene derecho, entre otras cosas, a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder integralmente a los servicios de salud que requiere con necesidad, como ocurre, por ejemplo, cuando el acceso implica el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado”*. (Subrayas agregadas). Así también, en un caso resuelto por esta Corporación a través de Sentencia T-520 de 2012, en el que se discutía si la no realización de una cirugía a un paciente con cáncer de esófago dada la falta de disponibilidad de cupos en la IPS vulneraba su derecho a la salud, este tribunal concluyó que *“(…) La EPS accionada, entonces, no podía excusarse en la falta de disponibilidad para dejar de prestarle un servicio de salud requerido al accionante, ya que estaba en capacidad de utilizar todos sus recursos para procurar que le practicaran efectivamente el procedimiento médico ordenado, y no se enfrentaba a un problema de disponibilidad de servicios insuperable e imprevisible. Aceptar lo contrario supondría admitir que la demandada podía refugiarse en su propia negligencia para dejar de prestar un servicio de salud requerido, y desconocer que la función básica de las EPS es garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud de sus afiliados”*. Por la misma razón, en Sentencia T-673 de 2017, esta Corte afirmó que *“el Estado y los particulares vinculados a la prestación del servicio público de salud, deben facilitar su acceso en términos de continuidad, lo que implica que las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que comporten la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos internos o con las IPS contratadas, que impidan la finalización óptima de los tratamientos iniciados a los pacientes”*.

emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente⁵. La claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes⁶.

Así, cuando se acrediten estas dos circunstancias, el juez constitucional debe ordenar a la EPS encargada la autorización y entrega ininterrumpida, completa, diligente y oportuna de los servicios médicos necesarios que el médico tratante prescriba para que el paciente restablezca su salud y mantenga una vida en condiciones dignas. Esto con el fin de garantizar la continuidad en el servicio y evitar la presentación constante de acciones de tutela por cada procedimiento que se dictamine⁷.”

Lo anterior implica que cualquier orden de tratamiento integral debe tener por objeto asegurar la atención eficiente, adecuada y oportuna de las patologías que le han sido diagnosticadas a los pacientes por el respectivo médico tratante, conforme con las recomendaciones, procedimientos e insumos prescritos por éste. De manera que sólo hay lugar a emitir esa orden cuando el prestador del tratamiento, servicio, atención o procedimiento haya desconocido el principio de integralidad, conforme se ha dejado expuesto.

⁵ Cfr., Sentencias T-057 de 2009, T-320 de 2013 y T-433 de 2014. También, sobre el particular afirmó este tribunal en la Sentencia T-607 de 2016, que “(...) a toda persona que sea diagnosticada con cáncer se le deben garantizar los tratamientos que sean necesarios de manera completa, continua y, sin dilaciones injustificadas, de conformidad con lo prescrito por su médico tratante, así se evita un perjuicio irremediable en la salud y la vida del paciente”.

⁶ Cfr., Sentencias T-469 de 2014, T-702 de 2007 y T-727 de 2011.

⁷ Cfr., Sentencia T-387 de 2018.

En este caso es realmente necesaria la orden ahora cuestionada, en razón de la demostrada negligencia y reticente actitud que ha mantenido la EPS, al omitir durante varios meses el cumplimiento de su obligación de autorizar y asegurar la programación y ejecución de los procedimientos y tratamientos que le fueron ordenados por el médico especialista tratante de la hoy reclamante de amparo. Además, existe un diagnóstico bien definido de los padecimientos de la promotora, y hay claridad acerca del tratamiento requerido para la señora Rivas Flórez. En tales condiciones, realmente corresponde al Juez constitucional propender porque la EPS garantice y cumpla de manera completa, ininterrumpida y oportunamente dicho tratamiento.

5. Conclusión. Se ha demostrado una real afectación a los derechos fundamentales a la vida digna y a la seguridad social de la promotora, con la omisión de autorización y suministro de los servicios ordenados por el galeno tratante, para el tratamiento adecuado y completo de la enfermedad que padece, con lo cual se ha impedido injustificadamente su acceso a la atención en salud idónea y eficaz. En consecuencia, se impone la confirmación del fallo de primer grado; pero es necesario adicionar la providencia para extender el amparo al derecho fundamental a la salud, que también se halla comprometido. Sin embargo, se habrá de revocar la orden de exoneración a la accionante, de las contribuciones por copagos y cuotas moderadoras, por ser improcedente, dado que no están acreditadas las exigencias mínimas para conceder ese beneficio excepcional, conforme se dejó explicado con amplitud en precedencia.

LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **la Sala Segunda de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato constitucional,

FALLA:

PRIMERO: Se confirma la sentencia 067 de 5 de diciembre de 2020, dictada por el Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Cali, dentro de la acción de tutela interpuesta por Luz Stella Rivas Flórez contra Nueva EPS S.A., de acuerdo con las consideraciones vertidas en el cuerpo de esta providencia; pero **se adiciona** para extender el resguardo al derecho fundamental a la salud; y **se revoca** la decisión de exoneración a la accionante, de las contribuciones por copagos y cuotas moderadoras, por ser improcedente, dado que no están acreditadas las exigencias mínimas para conceder ese beneficio excepcional, conforme se dejó explicado con amplitud en precedencia.

SEGUNDO: Notifíquese esta providencia a todos los interesados en la forma más expedita.

TERCERO: Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JESÚS EMILIO MUNERA VILLEGAS

Magistrado

CARLOS HERNANDO SANMIGUEL CUBILLOS

Magistrado

(En uso de permiso)

FRANKLIN TORRES CABRERA

Magistrado