



JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

PROCESO TUTELA PRIMERA INSTANCIA

RADICACIÓN: 08001-31-03-003-2021-00007-00

ACCIONANTE: KATHERINE NÚÑEZ GUTIÉRREZ-AGENTE OFICIOSA DE MARCO FIDEL NÚÑEZ RODRÍGUEZ.

ACCIONADO: NUEVA EPS

DERECHO: SALUD

Barranquilla, quince (15) febrero de dos mil veintiuno (2021).

I. ASUNTO A TRATAR

Corresponde a este despacho pronunciarse sobre la acción constitucional instaurada por la señora KATHERINE NÚÑEZ GUTIÉRREZ-actuando en calidad de AGENTE OFICIOSA del señor MARCO FIDEL NÚÑEZ RODRÍGUEZ, a través, de apoderado judicial, en contra la NUEVA EPS, por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales a la SALUD, VIDA DIGNA y DIGNIDAD HUMANA.

II. ANTECEDENTES

En el escrito de la tutela, la parte accionante, narra los siguientes hechos que se sintetizan así:

1. El señor MARCOS FIDEL NÚÑEZ RODRÍGUEZ, es un hombre de 60 años, quien tiene diagnóstico de INSUFICIENCIA RESPIRATORIA Y ESTENOSIS TRAQUEAL 50%, y sufrió accidente cardiovascular no especificada como hemorrágica en el mes de julio de 2019, secuela (con hemiplejía derecha), presenta antecedentes de hipertensión arterial, arritmia no clara, neumonía de microorganismo no especificado y enfermedades de la tráquea y de los bronquios, actualmente cuenta con una traqueotomía abierta.
2. Manifestó que le entregaron una orden para realizarse un examen de una broncoscopia expedida a centro de atención pulmonar pero el neumólogo de la NUEVA EPS envió al señor marco a una entidad que no maneja ese estudio además de no contar con el convenio la EPS, que el procedimiento a realizar es de manera urgente, el cambio de la cánula necesita un estudio (nasoroloncospia/ broncoscopia) que no se ha resuelto.
3. El paciente se encuentra en un estado de salud muy delicado en este mes le han dado tres convulsiones, desde el 27 de marzo del 2020 tiene la traqueotomía y la cánula presenta mal olor porque no ha sido cambiada.

III. PRETENSIONES

Basándose en los fundamentos fácticos expuestos, el accionante pretende que se le amparen sus derechos y como consecuencia de ello: *"ORDENAR: 1.- A la accionada <> que de manera INMEDIATA o en un término máximo de 24 horas, entregue la orden para realizarse los procedimientos de manera urgente, el cambio de la cánula necesita un estudio (nasoroloncospia/ broncoscopia) 2.- A la accionada <NUEVA EPS>, proceda a prestarle los servicios requerido para la realización de cambio de cánula en una entidad que tenga convenio con la NUEVA EPS ya que no ha sido posible ninguno de los procedimientos mencionado en los hechos de esta tutela...."*

IV. PRUEBAS

La parte actora en su escrito tutelar relaciona como anexos los siguientes:

- 1.-Fotocopia de la cédula de ciudadanía del señor MARCOS FIDEL NUÑEZ RODRIGUEZ

2. Epicrisis de la última hospitalización en la Clínica BONNADONA PREVENIR S.A.S
3. Factura de venta FEH 24951 de la FUNDACIÓN UNIVERSIDAD DEL NORTE
4. Poder.
5. Autorización de procedimiento de broncoscopia donde no tiene convenio con la EPS
6. Solicitud médica en la clínica ODONTOVITAL.
7. Cita de control cirugía de cabeza y cuello.

V. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción de tutela fue admitida el día 02 de febrero de 2021, se ordenó notificar a la accionada; asimismo, se accedió al decreto de la medida provisional solicitada por el actor, para asegurar la higiene y asepsia de la cánula que posee el agenciado, siguiendo con el plan de manejo, obrante a folio 21, el cual dice: “aspirar traqueostomía diariamente” por lo que se ordenó su realización por enfermera hasta tanto se resolviera de fondo esta tutela en primera instancia.

NUEVA EPS S.A., informó que: *“MARCO FIDEL NÚÑEZ RODRÍGUEZ. CC. 8754257, se encuentra afiliado a Nueva EPS en el régimen contributivo, en calidad de beneficiario...” “... Nueva EPS se encuentra en revisión del caso que esto para determinar las posibles demoras en el trámite del mismo. Nos encontramos solucionando trámites administrativos internos para la consecución de esta gestión que el accionante requiere, mientras ello se resuelve no debe ser tomado esto como prueba ni indicio alguno de que lo requerido haya sido o esté siendo negado por la entidad. A través de evaluación del caso se conocerá a profundidad las necesidades del paciente y la pertinencia de la presente acción, de lo cual tendrá el accionante conocimiento en días próximos. Además de lo anterior, indica que "NUEVA EPS no le ha negado ningún servicio al usuario, no es posible que se conceptúe a futuro servicios de salud que aún no se han solicitado y que en ningún momento la EPS se ha pronunciado, entendiendo además que según las funciones propias de las EPS los servicios solicitados deben ser sometidos a procesos de validación por pertinencia médica, procesos que van en cumplimiento normativo" ... lo solicitado no está cubierto por el plan de beneficios en salud (exclusiones del pbs).. Es preciso anotar que el accionante no aporta una prescripción médica sobre este...”*

VI. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, corresponde a esta agencia judicial determinar:

4. ¿La accionada NUEVA EPS, ha vulnerado los derechos fundamentales a la SALUD, VIDA DIGNA y DIGNIDAD HUMANA, del señor MARCO FIDEL NÚÑEZ RODRÍGUEZ, al no practicarle la broncoscopia, ordenada por su médico tratante, el cambio de la cánula que posee por la traqueotomía abierta que tiene, con ocasión a la neumonía de microorganismo no especificado y enfermedades de la tráquea y de los bronquios que padece?

VII. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 23 y 86 de la Constitución Política y los Decretos 2591 de 1.991 y 1382 del 2.000, este despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela.

VIII. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El marco constitucional está conformado por los artículos 48, 49 y 86 de la Constitución Política, 6° del Decreto 2591 de 1992, Ley 1122 de 2007, Ley 1438 de 2011, Ley 1797 de 2016, Ley Estatutaria de Salud, 1751 de 2015, Ley 100 de 1993, Ley 1392 de 2010, Ley 1438 de 2011;

sentencias T- 291 de 2014, T-603 de 2015, T-403 de 2017, T-425 de 2017, T-529 de 2017, T-020 de 2018, T-603 de 2015, T-710 de 2017, T-233 de 2012, C-313 de 2014, entre otras.

IX. CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando estos resultaren amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Constitución Política la cual constituye una garantía y un mecanismo constitucional de protección, directa, inmediata y efectiva, de los derechos fundamentales.

Para la procedencia de este mecanismo tutelar, es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para hacer valer sus derechos, salvo que se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela procede a título subsidiario cuando la protección judicial del derecho fundamental no puede plantearse, de manera idónea y eficaz, a través, de un medio judicial ordinario y, en este sentido los medios judiciales ordinarios tienen preferencia sobre la acción de tutela. No obstante, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, así exista un medio judicial ordinario, cuando ello sea necesario para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios, será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia atendiendo las circunstancias en que se encuentra la solicitante.

PROCEDENCIA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela, como un mecanismo jurisdiccional que tiende por la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales de los individuos, se caracteriza por ostentar un carácter residual o subsidiario y, por tanto, excepcional; esto es, parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho como el que nos rige, existen procedimientos ordinarios para asegurar la protección de estos intereses de naturaleza fundamental. Bajo ese entendido, se destaca que el carácter residual de este mecanismo obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias establecido por la Constitución y la Ley a las diferentes autoridades el cual encuentra fundamento en los principios de autonomía e independencia judicial.

Ahora bien, en la sentencia T- 291 de 2014, se ha reiterado algunos eventos en los cuales la acción de tutela resulta procedente aun cuando exista otra vía, estos son:

“(i) Los medios ordinarios de defensa judicial no son suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados;// (ii) Aún (sic) cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se producirá un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales;// (iii) El accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas etc.) y, por tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela”.

En el caso del derecho a la salud, la Ley 1122 de 2007 en el artículo 41 previó un mecanismo para solucionar las controversias suscitadas entre los usuarios y las E.P.S con un procedimiento particular revestido de celeridad e informalidad, cuyo trámite está en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud.

Dicha norma otorgó facultades jurisdiccionales a la superintendencia para que conozca y resuelva controversias relacionadas con: i) la denegación por parte de las entidades promotoras de salud de servicios incluidos en el POS; ii) el reconocimiento de los gastos en los que el usuario haya incurrido por la atención que recibió en una IPS no adscrita a la entidad promotora de salud, o por el incumplimiento injustificado de la E.P.S de las obligaciones que le competen; iii) la multifiliación dentro del sistema, y iv) la libre elección de la entidad promotora de salud y la movilidad de los afiliados.

Posteriormente, el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 amplió las competencias jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, incluyendo las controversias que se relacionan con: i) la denegación de servicios excluidos del POS que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del afiliado; ii) recobros entre entidades del sistema y iii) pago de prestaciones económicas por parte de las entidades promotoras de salud y el empleador. A su vez, determinó la naturaleza del procedimiento como preferente y sumario.

En ese sentido, en la actualidad los usuarios del SGSSS cuentan con un mecanismo, en principio, idóneo y eficaz para la protección y restablecimiento de los derechos que se encuentran afectados por la E.P.S; no obstante, la Corte ha concluido, en sentencias T-603 de 2015, T-403 de 2017, T425 de 2017, T529 de 2017, T-020 de 2018, que en la estructura del procedimiento se evidencian falencias graves que desvirtúan su idoneidad y eficacia, a saber:

- (i) La inexistencia de un término dentro del cual las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales deban resolver las impugnaciones formuladas en contra de las decisiones emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud.*
- (ii) La imposibilidad de obtener acatamiento de lo ordenado.*
- (iii) El incumplimiento del término legal para proferir sus fallos.*
- (iv) La carencia de sedes o dependencias de la Superintendencia Nacional de Salud en el territorio del país.*

Sobre el primer defecto de este mecanismo, advertido en la sentencia T-603 de 2015, se concluyó que la inexistencia de un término para resolver el recurso de apelación implicaría que el trámite tenga una duración indefinida, lo cual, en casos de personas que se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad, deja en evidencia que el medio es inidóneo y carece de eficacia.

En relación con la segunda falencia, se observó que el legislador no previó un mecanismo a través del cual sea posible obtener el cumplimiento de lo ordenado, pues si bien la ley buscó remediar dicho vicio a través del artículo 25 de la Ley 1797 de 2016, en el cual dispuso que el incumplimiento de lo ordenado en dicho trámite judicial acarreará las mismas consecuencias que el desacato de una decisión de tutela, también omitió fijar el procedimiento a través del cual se declarará el desacato, de qué manera se efectuará el grado jurisdiccional de consulta, y ante quien se surtirá dicha actuación.

Respecto de la tercera crítica, con base en una investigación realizada recientemente se demostró que la Superintendencia Nacional de Salud no ha logrado cumplir con el término legal de 10 días con el que cuenta para proferir sus decisiones, dificultando superar con celeridad las solicitudes de los peticionarios.

Sobre la última falla, se debe tener muy presente la falta de sedes de la Superintendencia de Salud a lo largo del territorio nacional, en especial en aquellos lugares que se encuentran alejados de la capital y de las ciudades principales del país.

Adicionalmente, y como consecuencia de lo anterior, en sentencia T-710 de 2017 se estableció los criterios para determinar si la acción de tutela desplaza la facultad jurisdiccional conferida a la Superintendencia de Salud, estos son:

- (i) la existencia de riesgos fundamentales de particular importancia como la vida, la salud o la integridad de las personas;*
- (ii) que el procedimiento previsto no lograría dar una respuesta efectiva a la solicitud –por ejemplo porque la pretensión no está comprendida por las facultades- o reviste tal grado de urgencia que, de no intervenir el juez de tutela, los intereses antes referidos se afectarían. Para efectos de valorar la idoneidad y eficacia deberá considerarse;*
- (iii) si en el domicilio del accionante no existen oficinas de la referida superintendencia o;*
- (iv) que el accionante no puede contar con acceso a internet para presentar el reclamo judicial correspondiente y efectuar el seguimiento respectivo.*

DERECHO A LA SALUD

El artículo 49 de la Constitución se encuentra consagrada la obligación que recae sobre el Estado de garantizar a todas las personas el acceso a la salud, así como de organizar, dirigir, reglamentar y establecer los medios para asegurar a todas las personas su protección y recuperación. De ahí su doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho fundamental del cual son titulares todas las personas y por otro, un servicio público de carácter esencial cuya prestación se encuentra en cabeza del Estado y, por ende, exigible por vía de la acción de tutela.

Al efecto, la Corte, en sentencia T-233 del 21 de marzo de 2012, con M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, señaló que:

“Así las cosas, el derecho a la seguridad social en salud, dada su inexorable relación con el principio de dignidad humana, tiene el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos del POS que han sido definidos por las autoridades competentes y, excepcionalmente, cuando la falta de dichos contenidos afecta la dignidad humana y la calidad de vida de quien demanda el servicio de salud.”

Actualmente la Ley Estatutaria de Salud, 1751 de 2015, claramente reconoce la fundamentalidad de tal derecho. En la sentencia C-313 de 2014 al respecto se dijo:

“El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”

De este modo, la salvaguarda del derecho fundamental de la salud debe otorgarse de conformidad con los principios contemplados en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política y los artículos 153 y 156 de la Ley 100 de 1993 en los que se consagran como principios rectores

y características del sistema, entre otros, accesibilidad, solidaridad, continuidad, libre escogencia, universalidad y obligatoriedad.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL.

De acuerdo con la Carta Política, la salud es un servicio público a cargo del Estado. No obstante, la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, reconoció que dicho servicio es un derecho, el cual se considera fundamental en sí mismo y, por ende, exigible por vía de la acción de tutela.

En cuanto a la protección del Estado, tratándose de las personas pertenecientes a la tercera edad, la Corte Constitucional ha señalado que conforme con el artículo 13 de la Constitución Política, el Estado deberá protegerlas en razón de que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, pues se ven obligadas a “afrontar el deterioro irreversible y progresivo de su salud por el desgaste natural del organismo y consecuente con ello al advenimiento de diversas enfermedades propias de la vejez”¹, razón por la cual se deberán garantizar todos los servicios relativos a salud que ellos requieran.

En virtud de ello, la Corte ha estimado que el derecho a la salud de estos sujetos, es un derecho fundamental que reviste mayor importancia por el simple hecho de tratarse de personas de la tercera edad, como consecuencia de la situación de indefensión en que se encuentran.

A propósito, el alto tribunal ha señalado que “es innegable que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud, en atención a su condición de debilidad manifiesta y por el hecho de ostentar -desde el punto de vista constitucional- el rol de sujeto privilegiado. Por lo tanto, y a efectos de materializar a su favor los mandatos del Estado Social de Derecho, es necesario que se les garantice la prestación continua, permanente y eficiente de los servicios en salud que requieran”.

Así pues, este mecanismo constitucional procede en los casos en que se logre verificar que la falta del reconocimiento del derecho a la salud (i) lesione la dignidad humana, (ii) afecte a un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) ponga al paciente en una situación de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer su derecho.

ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO.

Descendiendo al caso *sub examine*, se tiene que la señora KATHERINE NÚÑEZ GUTIÉRREZ- actuando en calidad de AGENTE OFICIOSA del señor MARCO FIDEL NÚÑEZ RODRÍGUEZ, a través, de apoderado judicial, interpone la presente acción constitucional, en contra la NUEVA EPS, por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales a la SALUD, VIDA DIGNA y DIGNIDAD HUMANA.

Lo anterior, en ocasión a que aduce que el señor MARCO FIDEL NÚÑEZ RODRÍGUEZ, es un hombre de 60 años, quien tiene diagnóstico de INSUFICIENCIA RESPIRATORIA Y ESTENOSIS TRAQUEAL 50%, accidente cardiovascular no especificado, hipertensión arterial, arritmia no clara, neumonía de microorganismo no especificado y enfermedades de la tráquea y bronquios, por lo que actualmente cuenta con traqueotomía, que le fue ordenada una broncoscopia, para poder realizarle un cambio de cánula.

¹ Corte Constitucional, sentencia T-634 del 26 de junio de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

Al respecto la NUEVA EPS, aseveró que el señor MARCO FIDEL NÚÑEZ RODRÍGUEZ, se encuentra afiliado a Nueva EPS en el régimen contributivo, en calidad de beneficiario, y que se encuentran solucionando trámites administrativos internos para la consecución de esta gestión que el accionante requiere, pero que lo solicitado no está cubierto por el plan de beneficios en salud (exclusiones del PBS) y que el accionante no aporta una prescripción médica sobre este.

Teniendo en cuenta la procedencia subsidiaria de la acción constitucional estima el despacho que la misma, supera tales requisitos, toda vez que se trata de un paciente de la tercera edad, con una traqueotomía y diagnosticado con INSUFICIENCIA RESPIRATORIA, lo que implica que requiere un mecanismo rápido y expedito como lo es el trámite tutelar, por lo que se procederá a su estudio de fondo.

Teniendo en cuenta lo anterior, y analizando la historia clínica aportada por la parte accionante, concluye el despacho que efectivamente se encuentra probado que el señor MARCO FIDEL NÚÑEZ RODRÍGUEZ, tiene diagnóstico de INSUFICIENCIA RESPIRATORIA Y ESTENOSIS TRAQUEAL 50%, que actualmente tiene una traqueotomía, su médico tratante, perteneciente a la ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE, institución que se encuentra adscrita a la red de prestadoras de la NUEVA EPS, le ordenó el procedimiento denominado broncoscopia (página 10 PDF solicitud de tutela).

Adicional a ello, la NUEVA EPS, no especificó, ni aportó cuales son los trámites internos que se encuentran superando para lograr autorizar y materializar la orden médica del procedimiento de broncoscopia, toda vez que se limitó a enunciarlo de manera general, sin aportar prueba si quiera sumaria de lo mismo, además que no es el usuario y/o paciente el que deba soportar cargas administrativas que únicamente le competen a la entidad promotora en salud.

Asimismo, la entidad accionada alegó que el procedimiento se encontraba excluido del plan de beneficios, no obstante, consultando la Resolución 002481 de 2020 "Por la cual se actualizan integralmente los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capilación (UPC)", consultada la normativa, el mismo se encuentra, en el "ANEXO No. 2 Listado de procedimientos en salud financiados con recursos de la UPC" con el código 33.2.2.

En este orden de ideas, esta agencia judicial vislumbra que efectivamente se encuentran vulnerados los derechos deprecados por el actor, al no transcribir, autorizar y materializar, la orden médica referente al procedimiento denominado broncoscopia, teniendo en cuenta la situación de salud del señor MARCO FIDEL NÚÑEZ RODRÍGUEZ, por lo cual se accederá a su amparo.

Es de advertir, que se hizo solicitud de cambio de cánula, de la cual no se advierte existencia de orden médica, sin que el juez constitucional pueda prescribir procedimientos no autorizados por el galeno tratante.

X. RESUMEN O CONCLUSIÓN

Habida cuenta de las circunstancias fácticas y jurídicas que dieron lugar al ejercicio de la presente acción, tomando en cuenta la jurisprudencia previamente enunciada, y las consideraciones particulares de la situación puesta en conocimiento de esta agencia judicial, se ampararán los derechos deprecados ordenando a la NUEVA EPS que transcriba, autorice y materialice la orden médica originaria de su red de prestadoras, en lo que respecta al

procedimiento de broncoscopia en un IPS que cuente con la capacidad tecnológica para el efecto, y se continúe con el trámite ante el especialista tratante, sin más dilaciones administrativas.

Por lo expuesto, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. AMPARAR los derechos fundamentales a la SALUD, VIDA DIGNA y DIGNIDAD HUMANA, del señor MARCO FIDEL NÚÑEZ RODRÍGUEZ, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.
2. ORDENAR al representante legal y/o quien haga sus veces de NUEVA EPS, para que, en el término improrrogable de dos días, posteriores a la notificación del presente proveído, proceda a transcribir, autorizar y materializar la orden médica referente al procedimiento denominado broncoscopia, en una IPS de su red prestadora de servicios, que tenga la tecnología para realizarlo y el control con el especialista en neumología no debe superar el término de un mes calendario.
3. NOTIFÍQUESE esta providencia por el medio más expedito, es decir, por medio del correo electrónico ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co.
4. En caso de no ser impugnado el presente fallo, por secretaria envíese a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Una vez sea devuelta, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LINETH MARGARITA CORZO COBA
JUEZA