

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO

Buenaventura, Valle del Cauca, febrero cinco (05) de dos mil veinticuatro (2024)

SENTENCIA de SEGUNDA INSTANCIA No. 004

PROCESO:	ACCIÓN DE TUTELA
RADICACION:	76-109- 40-03-004-2023-00201-00 76-109- 31-03-003-2024-00008-01
ACCIONANTE:	LICETH DAYANA ARROYO MENESES
REPRESENTANTE:	IVONNE ELIANA MENESES
ACCIONADA:	EMSSANAR EPS
DERECHO:	DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y VIDA DIGNA

MOTIVO DE LA DECISIÓN:

Corresponde a este Despacho judicial desatar la impugnación formulada contra la sentencia No. 003 del dieciséis (16) de enero dos mil veinticuatro (2024), proferida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Buenaventura – Valle Del Cauca.

I. ANTECEDENTES

A. La petición

La señora IVONNE ELIANA MENESES identificada con la cédula N° 31.589.467 de Buenaventura, actuando en calidad de representante legal de la menor de edad LICETH DAYANA ARROYO MENESES identificada con la Tarjeta de Identidad N° 1.111.760.558 de Buenaventura, acudió ante la jurisdicción constitucional, a fin de obtener el amparo de su DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y VIDA DIGNA con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Política, que consideró vulnerado por las entidades accionadas.

B. Los hechos

Los hechos que dieron lugar a la solicitud de amparo se sintetizan así:

La representante legal de la accionante manifiesta que su hija cuenta con 17 años, señala que el 21 de junio de 2022 la hospitalizaron en el Club Noel en la ciudad de Cali hasta el 30 de junio de ese mismo año, por cuadro diarreico de más de dos meses de evolución, fiebre y pérdida considerable de peso.

Informa que por nutricionista le diagnosticaron diarrea crónica, delgadez severa, sospecha de enfermedad inflamatoria intestinal severa, sin mejoría alguna a pesar de todos los exámenes realizados, le formularon TIAMINA DE 300 MG O TABLETA O CAPSULA, CADA 24 HORAS, ÁCIDO FÓLICO 1 MG TABLETA UNA VEZ AL DÍA.

Aduce que el 16 de agosto de 2022 se trasladaron al Club Noel porque el cuadro diagnóstico de su hija no presentaba mejoría, por ello fue hospitalizada para llevar seguimiento en pediatría.

El 18 de agosto de 2022 los exámenes que le practicaron arrojaron como resultado positivo para el VIRUS DE LA INMUNODEFICIENCIA HUMANA (VIH).

A razón de ese diagnóstico fue remitida a la IPS TODOMED en la ciudad de Cali, donde le prestan servicios integrales de salud a pacientes con VIH, además le formularon DOLUTEGRAVIR 50 MG (TIVICAY) X 30 TABS, FLUCONAZOL 200MG (CINCIMIZOL) TABLETAS 60 UNIDAD, PRESERVATIVO PROFILACTICO O CONDON 12 UNIDADES, TENOFOBRIL 300MG EMTRICITABINA 200MG 30 TABLETAS, TRIMETOPRIM+ SULF.F 160/800 MG 12 TABLETAS, SULFATO DE ZINC 20MG CX30 TABLETAS.

Informa que esa fórmula requiere ser tomada a la misma hora siempre, sin omisiones ni retrasos de la dosis, posteriormente, el 28 de agosto de 2023, la accionante ingresó a la Clínica Santa Sofía del Pacífico por presentar fiebre, escalofrío, diarrea de 4 días de evolución, por ello el médico le realizó un plan de atención para mejorar sus condiciones, consistente en TRASLADO A OBSERVACIÓN MÉDICA, DIETA NORMAL, DOLUTEGRAVI 300MG + EMTRICITABINA 200 MG 1 TAB VO CADA 24 HORAS X 30 DÍAS, FLUCONAZOL TAB 200 MG 1 TAB VIA ORAL CADA 12 HORAS X 30 DÍAS, TRIMETROPIN + SULFAMETOSAZOL 160/800MG 1 TAB VIA ORAL 3 VECES X SEMANA X 3 SEMANA, SULFATO DE ZINC 20 MG 1 TAB CADA 24 HORAS X 30 DÍAS, LACTATO DE RINGER A 60 CC HORA, DIPIRONA 1 GR IV CADA 12 HORAS, CEFTRIAXONA 1 GR IV CADA 12 HORAS, SS ECOGRAFÍAS RENAL Y DE VÍAS URINARIAS, SS UROCULTIVO CON Sonda VESICAL, SS VAL MED INTERNA, CSV YAC.

La accionante continuó con su tratamiento hasta que fue dada de alta con la siguiente fórmula:

- 1.- CEFALEXINA 500 MG TABLETA O CAPSULA
- 2.- DOLUTEGRAVIR 50 TABLETA
- 3.- EMTRICITABINA + TENOFOVIR DISOPR 300 + 200 MG TABLETA

- 4.- FLUCONAZOL 200MG CAPSULA
- 5.- TRIMETOPRIM + SULFAMETOXAZOL 160/800 MG TABLETA
- 6.- SULFATO DE ZINC20 MG TABLETA

Finalmente señala la madre de la accionante, que es madre cabeza de familia y no cuenta con los recursos para conseguir los medicamentos cuando EMSSANAR EPS se demora en su autorización, ni para solventar los gastos de transporte a la ciudad de Cali cuando sea necesario por su tratamiento.

Dados los presupuestos fácticos en precedencia solicita que se ordene a EMSSANAR que proceda a entregar de manera oportuna los medicamentos que son esenciales para la estabilidad de la calidad de vida de la accionante, pero sin limitarlos a aquellos descritos en la fórmula médica sino a todos los que lleguen a ser necesarios en el transcurso de su enfermedad.

Citan como los últimos medicamentos ordenados por el médico tratante los siguientes:

MEDICAMENTOS	DOSIS	CANTIDAD
DOLUTEGRAVIR 50 MG (TIVICAY) X 30 TABS	1 TAB VO DIA	1
FLUCONAZOL 200MG (CINCIMIZOL) TABLETAS UNIDAD	1 TAB VO CADA 12 HORAS	60
PRESERVATIVO PROFILACTICO O CONDON UNIDAD	USAR EN CADA RELACIÓN	12
TENOFOBRIL 300MG EMTRICITABINA 200MG 30 TABLETAS	1 TABLETA VO DIA	1
TRIMETOPRIM+ SULF.F 160/800 MG TABLETAS	1 TAB VO DIA LUNES, MIERCOLES Y VIERNES (3 VECES POR SEMANA)	12
SULFATO DE ZING 20MG CX30 TABLETAS	TOMAR 1 TABLETA AL DIA	30

Adicionalmente solicita que se ordene a EMSSANAR EPS asumir los gastos de transporte en caso de traslado a otra ciudad, por no contar con los recursos económicos necesarios.

C. El desarrollo de la acción.

Por auto interlocutorio No. 1723 del veinticuatro (24) de noviembre del año 2023, se avocó conocimiento de la acción constitucional en contra de la entidad accionada y se ordenó notificación, concediéndole el término de dos (02) días, para que ejerciera su derecho de defensa y allegara las pruebas que pretendiera hacer valer. Igualmente ordenó vincular a la IPS TODOMED, HOSPITAL CLUB NOEL Y CLINICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO.

RESPUESTA ENTIDAD ACCIONADA

EMSSANAR EPS SA, a través apoderada judicial manifiestan que han brindado todas las atenciones en salud requeridas por la accionante, aducen que no hay orden médica, ni direccionamiento a la plataforma MIPRES,

respecto al servicio de transporte se sirven indicar que no prestan ese servicio debido a que el territorio no cuenta con prima adicional UPC.

Frente a la integralidad en el servicio consideran que una orden de este tipo debe encontrarse delimitada a ciertos servicios, insumos o procedimientos médicos ya que de lo contrario se correría el riesgo de proteger prestaciones futuras e inciertas.

Por lo anterior, solicitan se exonere de toda responsabilidad a la entidad.

RESPUESTA ENTIDADES VINCULADAS

IPS TODOMED, a través de representante legal manifiesta que actualmente en todo el territorio nacional hay escasez de los medicamentos antirretrovirales que son los que se solicitan vía acción de tutela.

FUNDACIÓN CLÍNICA INFANTIL CLUB NOEL, a través de la Directora Jurídica manifiestan que han brindado todos los servicios con diligencia y prontitud, que el procedimiento que realizan es entregar las órdenes médicas al acompañante del menor para que las haga autorizar por su entidad aseguradora, informan que con EMSSANAR EPS tienen contrato para atender hospitalización, urgencias, UCI, cirugía y consulta especializada, por ello solicitan ser desvinculados del trámite de tutela.

CLINICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO, a través de apoderada judicial manifiesta que atendieron a la accionante el 28 de agosto de 2023 y le brindaron todo el servicio médico necesario, por lo cual solicitan ser desvinculados por falta de legitimación en la causa por pasiva.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA N° 106 DEL 04 DE DICIEMBRE DE 2023.

Atendiendo a las pruebas adosadas al plenario el despacho a quo, tuteló los derechos fundamentales de la accionante ordenando la entrega de medicamentos, la prestación del servicio de transporte y la atención integral a la menor, inconforme con la decisión solicitó revocar la sentencia de tutela reiterando su posición esbozada en la contestación.

IMPUGNACIÓN DE ACCIÓN DE TUTELA

Este despacho al conocer de la impugnación de tutela en estudio, profirió el auto N° 1063 del 15 de diciembre de 2023 donde se declaró la nulidad de la actuación posterior al auto N° 1723 del 24 de noviembre de 2023, toda vez que la accionante pertenece al régimen subsidiado y el despacho a quo omitió vincular a la ALCALDIA DISTRITAL DE BUENAVENTURA, SECRETARIA DE SALUD DISTRITAL DE BUENAVENTURA, SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES- y la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

ACTUACIÓN POSTERIOR A LA NULIDAD

El despacho a quo a través del auto N° 1877 del 18 de diciembre de 2023 obedeció lo ordenado por esta instancia y vinculó a las partes citadas en precedencia.

RESPUESTA ENTIDADES VINCULADAS

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –ADRES, a través de apoderado judicial solicito negar el amparo reclamado en lo que tiene que ver con esa Administradora pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que esa entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor y en consecuencia desvincularlos del trámite de la presente acción de tutela.

Por lo anterior solicitan que se niegue el amparo solicitado además de la solicitud de recobro porque ya la ADRES transfirió los recursos de los servicios no incluidos en el PBS a la EPS.

CLINICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO, reiteró la posición de su contestación inicial.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, a través de Subdirector Técnico adscrita a la Subdirección de Defensa Jurídica de la entidad manifiesta que existe falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que no se encuentra dentro de sus competencias atender las pretensiones del trámite tutelar.

SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL, manifiestan que la accionante se encuentra dentro del régimen subsidiado de EMSSANAR EPS, por tanto, debe ser esta la entidad que garantice los servicios médicos requeridos a la accionante.

MINISTERIO DE SALUD, a través de apoderado judicial manifiesta que no tiene dentro de su competencia funciones de prestación de servicios médicos, por lo cual solicitan ser desvinculados por falta de legitimación en la causa por pasiva.

SECRETARIA DE SALUD DISTRITAL pese a ser notificada en debida forma se abstuvo de presentar contestación.

D. La sentencia impugnada

En la sentencia que ahora se revisa por vía de impugnación se tutelaron los derechos fundamentales A LA SALUD Y VIDA DIGNA invocados la accionante, argumentando el despacho que la EPS no desvirtuó que la accionante contara con los recursos para permitirse pagar los traslados a otra ciudad, además de que se vulnera el derecho fundamental a la salud cuando la EPS se abstiene de prestar servicios médicos cuando ya se han

iniciado, toda vez que el principio de continuidad en el servicio protege precisamente la entrega de las tecnologías médicas en el tiempo.

El Despacho a quo también consideró prudente tutelar la integralidad del servicio atendiendo a la situación socio-económica tan precaria de la accionante, ya que de lo contrario se colocaría en riesgo la vida e integridad de la peticionaria.

Por lo tanto, el Despacho determinó ordenar a la EPS EMSSANAR SAS que proceda a entregar los medicamentos s (DOLUTEGRAVIR 50 MG (TIVICAY) X 30 TABS 1 TAB VO DIA 1 FLUCONAZOL 200MG (CINCIMIZOL) TABLETAS UNIDAD 1 TAB VO CADA 12 HORAS 60 PRESERVATIVO PROFILACTICO O CONDON UNIDAD USAR EN CADA RELACIÓN 12 TENOFOBIL 300MG EMTRICITABINA 200MG 30 TABLETAS 1 TABLETA VO DIA 1 TRIMETOPRIM+ SULF.F 160/800 MG, TABLETAS 1 TAB VO DIA LUNES, MIERCOLES Y VIERNES (3 VECES POR SEMANA) 12 SULFATO DE ZING 20MG CX30 TABLETAS TOMAR 1 TABLETA AL DIA), también ordenó la prestación integral del servicio referente a la patología que padece VIH y el suministro del servicio de transporte intermunicipal ida y vuelta urbano (en la ciudad donde se remita), en el evento de que los medicamentos, exámenes, procedimientos, citas de control con especialistas, terapias y demás atenciones médicas ordenas por su médico tratante se realicen fuera de la ciudad de Buenaventura, tengan relación con la patología que actualmente padece (VIH), dentro de lo cual se cuenta alojamiento y alimentación para la menor y un acompañante cuando los procedimientos se extiendan en otra ciudad por más de un día.

Inconforme con la decisión, la entidad accionada EMSSANAR EPS, por medio de escrito de impugnación afirma que la prestación del tratamiento integral debe ser delimitada a ciertos servicios específicos, considerando que afectaría la estabilidad del sistema emitir autorizaciones a servicios basados en hechos inciertos y futuros, respecto a la prestación del servicio de transporte reiteran su posición expresada en la contestación de la acción de tutela.

Finalmente, solicitan que sea revocada la sentencia de tutela de primera instancia frente a la integralidad del servicio, la prestación del servicio de transporte, alojamiento y alimentación a favor de la accionante por los motivos previamente citados.

II. CONSIDERACIONES

La Corte Constitucional ha reconocido que el objetivo fundamental de la acción de tutela es la protección efectiva, cierta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, en aquellos casos en que éstos se encuentren transgredidos o amenazados por la acción u omisión de una autoridad o de un particular en los términos que establece la Constitución y la ley.¹

¹ Ya la Sentencia T-383 de 2001 había dispuesto precisamente tales criterios que corresponden a los lineamientos centrales de la jurisprudencia en la materia: a) un elemento subjetivo consistente en la “convicción íntima de la existencia de un riesgo o peligro” para el goce y disfrute del derecho y b) un elemento objetivo, consistente en la presencia de condiciones fácticas que “razonablemente permitan inferir la existencia de un riesgo o peligro” para el goce y disfrute de derechos.

A simple vista el caso en estudio supera los presupuestos procesales para la efectividad de la acción de tutela toda vez que se busca amparar los derechos fundamentales de la accionante, quien los considera vulnerados por la entidad accionada al no proporcionarle los medicamentos que necesita acorde a su patología VIH, el servicio de transporte, alojamiento y alimentación de ella y un acompañante cuando sea necesario atender servicios médicos por fuera de su ciudad de domicilio.

Con fines de contextualización, tratándose de atenciones y servicios contemplados en el Acuerdo 360 de 2005, las prestaciones requeridas corresponden, tanto en su financiación como en su prestación efectiva, a la EPS-S a la cual se encuentra afiliado el accionante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 215 de la Ley 100 de 1993² y en virtud de que los recursos del subsidio han sido asignados a dichas entidades previamente por las entidades territoriales³, correspondiendo por lo tanto a las EPS-S la afiliación de los beneficiarios del subsidio y prestación, directa o indirecta, de los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado (Acuerdo 306 de 2005).

En cuanto a las exclusiones del POS-S, su financiamiento corresponde a la entidad territorial quien ha recibido del Sistema General de Participaciones lo correspondiente para atender a la población pobre en lo no cubierto con los subsidios de la demanda conforme a lo dispuesto en el numeral 43.2 del artículo 43 de la Ley 715 de 2001⁴. De igual manera, corresponde a la entidad territorial, en nuestro caso a la **SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL VALLE DEL CAUCA**, las prestaciones en salud de segundo y tercer nivel de complejidad no cubiertas por el POS-S conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 806 de 1998⁵, el artículo 6 de la Ley 10 de 1990⁶ y el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007⁷. De allí que, en

² Ley 100 de 1993. Artículo 215. Administración del Régimen Subsidiado. Las direcciones locales, Distritales o Departamentales de salud suscribirán contratos de administración del subsidio con las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del subsidio. Estos contratos se financiarán con los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y los recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto. Las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del régimen subsidiado prestarán, directa o indirectamente, los servicios contenidos en el Plan de Salud Obligatorio. PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional establecerá los requisitos que deberán cumplir las Entidades Promotoras de Salud para administrar los subsidios.

³ Decreto 806 de 1998 Art. 14. El Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado será financiado con los recursos que ingresan a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, destinados a subsidios a la demanda, situado fiscal, participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación y demás rentas ordinarias y de destinación específica, de conformidad con lo establecido en la ley.

⁴ Ley 715 de 2001. Art. 43. Competencias de los departamentos en salud. Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones:

(...) 43.2. De prestación de servicios de salud

43.2.1. Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas.

43.2.2. Financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y los servicios de salud mental.

⁵ Decreto 806 de 1998 . Art. 31. Cuando el afiliado al régimen subsidiado requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POSS y no tenga capacidad de pago para asumir el costo de dichos servicios, podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta. Estas instituciones están facultadas para cobrar una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes.

⁶ Ley 10 de 1990. Artículo 6o.. Conforme a lo dispuesto en el artículo 1o., de la presente Ley, y sin perjuicio de la aplicación de los principios de subsidiariedad y complementariedad, de que trata el artículo 3o. de esta Ley, y de las funciones que cumplen las entidades descentralizadas del orden nacional, cuyo objeto sea la prestación de servicios de previsión y seguridad social, y las que presten servicios de salud, adscritas al Ministerio de Defensa, asignanse las siguientes responsabilidades en materia de prestación de servicios de salud:

b) A los Departamentos (...), directamente, o a través de entidades descentralizadas directas, o indirectas, creadas para el efecto, o mediante sistemas asociativos la dirección y prestación de los servicios de salud del segundo y tercer nivel de atención que comprende los hospitales regionales, universitarios y especializados. La Nación continuará prestando servicios de atención médica, en el caso del Instituto Nacional de Cancerología.

principio, corresponde a la entidad territorial los servicios no incluidos en el POS-S⁸.

“Además, la ley 1122 de 2007 no derogó de manera alguna las competencias de la entidad territorial en la financiación de los servicios de salud, máxime cuando la Ley 715 de 2001, señala que las competencias de la entidad territorial corresponde a una ley orgánica que goza de primacía constitucional, es así como el literal j del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 contempla una sanción a las EPS. respecto a la facultad de recobro que eventualmente les llegara a asistir frente al FOSYGA si se trata del régimen contributivo o frente a la entidad territorial pertinente tratándose del régimen subsidiado y conforme a la inteligencia y alcance que la sentencia C-463 de 2008 dio a dicha disposición⁹, lo cual no implica de manera alguna que las entidades territoriales se encuentren sustraídas de la obligación de financiación y gestión para la prestación de los servicios no contemplados en el POS-S, lo cual, *contrariu sensu*, corresponde a la regla general”¹⁰.

Lo anterior sin olvidar que el motivo de la presente acción es que la accionante busca protección a su derecho a la salud y seguridad social y por lo general, desconoce las normas que regulan el régimen subsidiado y el funcionamiento del sistema, por lo que no debe sujetarla a diferentes tramites y negativas de asumir competencia, que de manera alternativa y muchas veces irreflexiva, realizan tanto las EPS-S como los entes territoriales, frente a las prestaciones médicas requeridas; máxime cuando la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ha reconocido su carácter fundamental *per se*:

De esta forma, en un primer momento, se aceptó la procedencia de la tutela para lograr la protección del derecho a la salud -aún cuando éste no fuera considerado fundamental- siempre que la lesión de tal prerrogativa pudiera tener como consecuencia la amenaza o vulneración de otros derechos del peticionario que pudieran ser considerados fundamentales per se, tales como la vida y/o la integridad física. Tal criterio, denominado conexidad, se tornó de esta forma recurrente en el análisis que en aras de la protección del derecho a la salud realizara el juez constitucional.

⁷ Las Entidades territoriales contratarán con Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas, la atención de la población pobre no asegurada y lo no cubierto por subsidios a la demanda. Cuando la oferta de servicios no exista o sea insuficiente en el municipio o en su área de influencia, la entidad territorial, previa autorización del Ministerio de la Protección Social o por quien delegue, podrá contratar con otras Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud debidamente habilitadas.

⁸ Extracto Jurisprudencial emanado de las múltiples decisiones del H. Tribunal Superior de Guedalajara de Buga, M.P. BARBARA LILIANA TALERO ORTIZ. Exp. 1909 de 2009.

⁹ Respecto de este condicionamiento impuesto por esta Corte, la Sala se permite aclarar: (i) en primer lugar, que el contenido normativo que se analiza y se condiciona como quedó expuesto, contiene el supuesto normativo de que existe una orden judicial proferida por un juez de tutela que ordena la entrega de medicamentos, procedimientos quirúrgicos, intervenciones, o cualquier otro servicio médico, todos ellos excluidos del Plan Obligatorio de Salud –POS-, y que como consecuencia de dicha orden judicial, cualquier controversia quedará saldada; (ii) en segundo lugar, que a lo que tienen derecho las EPS, de conformidad con las disposiciones legales en salud, es a recuperar lo que está excluido del POS, por cuanto respecto de las prestaciones en salud que se encuentran incluidas en el POS, las EPS no pueden repetir contra el Fosyga.

Con la incorporación de la interpretación realizada por la Corte para la exequibilidad condicionada de la disposición que se analiza, ésta deviene en constitucional, de manera tal que los usuarios tanto del régimen contributivo como del subsidiado podrán presentar solicitudes de atención en salud ante las EPS en relación con la prestación de servicios médicos -medicamentos, intervenciones, cirugías, tratamientos, o cualquiera otro-, ordenados por el médico tratante y no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. En el caso de que las EPS no estudien oportunamente los requerimientos del médico tratante para los usuarios del Régimen Contributivo respecto de servicios excluidos del POS y sean obligados a su prestación mediante acción de tutela, la sanción que impone la disposición demandada a las EPS es que los costos de dicha prestación serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga. En el caso del Régimen Subsidiado ésta disposición deberá entenderse en el sentido de que los costos de la prestación ordenada vía de tutela serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Ley 715 del 2001.

¹⁰ Ut supra.

No obstante, la anterior postura ha venido siendo superada por la jurisprudencia constitucional que, en forma gradual, ha dado paso al reconocimiento de la iusfundamentalidad del derecho a la salud y, en general, de los derechos económicos, sociales y culturales.

En tal sentido, esta Corporación ha afirmado en múltiples ocasiones¹¹ que en los casos en los cuales el contenido del derecho a la salud ha perdido la vaguedad e indeterminación que como obstáculo para su calificación de fundamental se argüía en un principio, éste debe ser considerado fundamental y en tal sentido admite la intervención del juez de amparo. Así, respecto de aquellas prestaciones que hacen parte del contenido esencial del derecho, necesario para garantizar la vida en condiciones dignas, y que han sido reconocidas positivamente, por vía legal o reglamentaria, a favor de los individuos, de forma tal que pueden ser definidas como derechos subjetivos, es admitido su carácter iusfundamental.

Como se ve, para determinar la viabilidad del amparo constitucional el juez de tutela debe examinar las circunstancias del caso concreto sin que para el efecto sea necesario hallar una afectación de otro derecho fundamental diferente de la salud, por cuanto al considerarlo un derecho fundamental per se, el argumento de la conexidad deviene no sólo innecesario sino además artificioso en cuanto sugiere la idea de que la protección de algunos derechos resulta in abstracto más importante que la de otros, supuesto que como antes se anotó contraría las normas internacionales sobre protección de derechos humanos.¹²

Así el Derecho a la salud tiene una protección reforzada que debe ser reconocida, por quienes están en la obligación, legal o contractual, de garantizar a través de los distintos planes de salud las prestaciones que deriven de las contingencias y sin que puedan socavar, esgrimiendo múltiples pretextos, el contenido del derecho señalado.

Cuando en el régimen subsidiado las EPS-S alegan que la prestación que se requiere no es parte de los contenidos del POS-S, no es al afiliado a quien corresponde gestionar lo pertinente para acceder a los servicios excluidos del POS-S sino a la EPS-S (Resolución 3099 de 19 de agosto de 2008) quien también podrá gestionar y adelantar los trámites pertinentes frente a la entidad territorial a fin de coordinar con esta su prestación, sin tener que trasegar el usuario al agotamiento de trámites administrativos.

De esta manera, las normas que reglan el acceso al servicio a la salud, ya en el régimen contributivo ora en el subsidiado no pueden desconocer los derechos constitucionales fundamentales de las personas ni el principio de dignidad humana, lo cual ocurre cuando las empresas promotoras de salud o las administradoras de régimen subsidiado, aplicando de manera estricta dicha reglamentación, niegan la autorización de un procedimiento quirúrgico u omiten el suministro de medicamentos o elementos necesarios para mantener la vida, la integridad personal o un mejor funcionamiento del organismo, con el argumento de que no se encuentran incluidos en el plan obligatorio de salud.

(...)

Para casos como el presente, en el que debe determinarse si el problema jurídico planteado se debe resolver conforme a la norma de exclusión de servicios del POS-S para una persona enferma, afiliada al régimen subsidiado, la Corte ha fijado unas reglas que deben cumplirse para que pueda desecharse la consecuencia jurídica de la norma infraconstitucional en el respectivo asunto y resolver de esa manera el caso, aplicando directamente la Constitución en aras de otorgar el amparo constitucional solicitado.

(...)

¹¹ Ver en tal sentido las sentencias SU- 819 de 1999, T - 859 de 2003, T-655 de 2004 y T-697 de 2004.

¹² Sentencia T – 657 de 2008

En el caso de las personas afiliadas al régimen subsidiado, la garantía de sus derechos se optimiza por mandato del artículo 13 Superior, dadas las circunstancias de debilidad económica y vulnerabilidad que afrontan. De allí que la jurisdicción constitucional deba inferir, que las personas que se encuentren en esa situación, carecen de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo de los tratamientos, procedimientos, cirugías o medicamentos que le hayan sido prescritos por el médico tratante de la administradora del régimen subsidiado a la que se encuentren afiliados¹³. En el caso de la accionante, conforme a la copia del carné que obra en el expediente, ella se encuentra en el nivel 1, lo cual no fue desvirtuado por la ARS.

Cumplidos entonces los presupuestos fijados por la jurisprudencia constitucional para inaplicar las normas del POS-S que excluyen el servicio que requiere la accionante, es menester revocar el fallo objeto de revisión para en su lugar amparar el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida digna de la accionante. En consecuencia, se ordenará a la ARS Solsalud autorizar y practicar el procedimiento denominado exéresis cervical que le fue prescrito a la peticionaria, así como la atención integral que requiera la paciente para atender sus afecciones de salud, autorizando a dicha entidad para que repita contra la Secretaría de Salud del Tolima por los gastos en que incurra en cumplimiento de esta orden.¹⁴

Luego siendo ponente el Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, se habló sobre la ‘fundamentalidad’ de los derechos:

“De acuerdo con la línea de pensamiento expuesta y que acoge la Sala en la presente sentencia, la fundamentalidad de los derechos no depende –ni puede depender- de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significa de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios –económicos y educativos- indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar... Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).”¹⁵

Por ello si el derecho a la salud de cualquier individuo resultare amenazado o vulnerado debe de ser protegido por vía de tutela.

Ahora, respecto a la autorización de alojamiento y alimentación, la Corte Constitucional, ha analizado la procedencia al reconocimiento de dichos servicios, desarrollando unas reglas jurisprudenciales, las cuales debe tener en cuenta el juez de tutela al momento de ordenar su prestación, las cuales son:

“(i) La falta de recursos económicos por parte del paciente y sus familiares no les permitan asumir los mismos y (ii) de no prestarse tal servicio se genere un obstáculo que ponga en peligro la vida, la integridad física o el estado de salud del paciente. (Negrilla fuera de texto).

Cuando se requieren dichos servicios para un acompañante también se estudia que:

¹³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-956 de 2004 M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-410 de 2002, T-287 de 2005 y T-1019 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁴ Sentencia T-709 de 2008

¹⁵ Sentencia T-016 de enero 22 de 2007, Ver T-227/03, T-859/03, T- 694/05, T-307/06, T-1041/06, T-1042/06, T-016/07, T-085/07, T-200/07, T-253/07, T-523/07, T-524/07, T-525/07, T-648/07, T-670/07, T-763/07, entre otras

(iii) El paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (iv) requiere atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (vi) ni él ni su núcleo familiar cuentan con los recursos suficientes para financiar el traslado”¹⁶

En lo referente a la no autorización del servicio de transporte, la Corte Constitucional en la Sentencia T-277/22 señala que:

(...) las EPS deben brindar dicho servicio de transporte no cubierto de manera expresa por el PBS, específicamente, cuando “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la dignidad, la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.

Asimismo, esta Corporación no solo ha previsto la necesidad de reconocer el servicio transporte para el usuario sino también para un acompañante en la medida en que el PBS con cargo a la Unidad de Pago por Capacitación [UPC] no contempla esa posibilidad. Para tal fin, ha establecido que se debe corroborar que el paciente “(i) dependa totalmente de un tercero para su movilización, (ii) necesite de cuidado permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y, (iii) ni el paciente ni su familia cuentan con los recursos económicos para cubrir el transporte del tercero.”¹⁷

Sobre el punto de la capacidad económica de la accionante, en la misma sentencia la Corte ha dispuesto que:

(...) en referencia a la capacidad económica del usuario, la Corte ha determinado que las entidades prestadoras de salud tienen el deber de indagar en su base de datos sobre la información socioeconómica del paciente, para concluir si este puede o no cubrir los costos de los servicios que el paciente reclama.

*En ese orden de ideas, en relación con el requisito sobre la carencia de recursos económicos para cubrir los gastos de transporte para un acompañante, la Corte precisó que la ausencia de capacidad financiera puede constatarse con los elementos allegados al expediente, pero, cuando el paciente afirme la ausencia de recursos, **la carga de la prueba se invierte y le corresponde a la EPS desvirtuar lo dicho.** De ese modo, en caso de que la EPS guarde silencio, la afirmación del paciente sobre su condición económica se entiende probada. Por ejemplo, dicha incapacidad económica se presume en el caso de quienes han sido clasificados en el nivel más bajo del Sisbén y/o quienes se encuentran afiliados al régimen subsidiado en salud.*

Descendiendo al caso objeto de estudio encontramos que se trata de la prestación del servicio de salud, a la menor LICETH DAYANA ARROYO

¹⁶ Ver sentencias T-161 de 2013; T-568 de 2014; T-120 de 2017; T-495 de 2017.

¹⁷ Sentencia T-277 de 2022. M.P. Diana Fajardo Rivera

MENESES quien actuando a través de su representante legal solicita se amparen sus derechos fundamentales, toda vez que no cuenta con los recursos económicos para sufragar los traslados cada vez que sea necesario a otra ciudad para atender servicios de salud tendientes a mejorar su cuadro diagnóstico que reposa en el plenario, ni para comprar por su cuenta los medicamentos ordenados por el médico tratante.

La entidad accionada EMSSANAR EPS presenta como inconformismos que no han negado el acceso a los servicios de salud del accionante, que han autorizado los servicios médicos PBS, que la prestación del servicio de transporte no cuenta con prima adicional UPC, además de no estar ordenado por ningún galeno y menos aún aparece dentro de la plataforma MIPRES, así como tampoco puede ordenarse brindar un servicio integral cuando el mismo no está delimitado a ciertos servicios de salud.

Dicho lo anterior y cotejadas las pruebas aportadas en el plenario por la parte actora es diáfano observar que existe un diagnóstico previo de VIRUS DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA por lo cual se hace necesario la entrega oportuna y completa de los medicamentos ordenados por los médicos tratantes, además de acudir cuando sea necesario a la ciudad de Cali o cualquier otra que cuente con el servicio médico adecuado para mejorar su calidad de vida.

Resulta claro afirmar que por la gravedad del diagnóstico que aqueja al accionante debe garantizarse la continuidad de la prestación del servicio médico en aras de mejorar la calidad de vida de las personas, en este sentido la Corte Constitucional ha expresado:

El principio de continuidad en la prestación de los servicios de salud reviste una especial importancia debido a que favorece el inicio, desarrollo y terminación de los tratamientos médicos de forma completa. Lo anterior, en procura de que tales servicios no sean interrumpidos por razones administrativas, jurídicas o financieras. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia constitucional desaprueban las limitaciones injustas, arbitrarias y desproporcionadas de las EPS que afectan la conservación o restablecimiento de la salud de los usuarios.¹⁸

Es evidente que al tratarse de un paciente con especial protección constitucional los tratamientos médicos deben cumplir no solo con el principio de continuidad, sino también de integridad tendiente a mejorar su condición existencial bajo la condición de ofrecer el galeno tratante a través de su EPS, la i) calidad y ii) oportunidad, sin que sea óbice el imponer cargas de carácter administrativo que le imposibilite el acceso a los medios necesarios en pro de garantizar el derecho a la salud¹⁹, y por ello es necesario; i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada servicio nuevo que le sea prescrito por el médico tratante, garantizándose una prestación del servicio de salud de manera eficiente.²⁰

¹⁸ Sentencia T-017/21. MP CRISTINA PARDO SCHLESINGER

¹⁹ Sentencia T-032 de 2018. M.P. JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

²⁰ Sentencia T-039 de 2013. M.P. JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Así las cosas, y estudiando el asunto en conjunto con los documentos allegados al plenario por el accionante, el despacho encuentra procedente confirmar la sentencia No. 003 del dieciséis (16) de enero dos mil veinticuatro (2024), proferida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Buenaventura –Valle Del Cauca de Buenaventura –Valle Del Cauca.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BUENAVENTURA, VALLE del CAUCA**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR la sentencia No. 003 del dieciséis (16) de enero dos mil veinticuatro (2024), proferida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Buenaventura –Valle Del Cauca, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

Segundo: NOTIFÍQUESE a las partes y al Juzgado del conocimiento, por el medio más expedito, el presente pronunciamiento.

Tercero: ENVIESE a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión (Art. 32 Decreto 2591/91).

NOTIFÍQUESE, COPIESE Y CÚMPLASE.

(Firma Electrónica)
ERICK WILMAR HERREÑO PINZÓN
JUEZ

Firmado Por:
Erick Wilmar Herreño Pinzon
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 003
Buenaventura - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **03abfca827fcca6af3ee5ae9c7b800d5204aef1ee8b44404d5dcb33c1deaf803**

Documento generado en 05/02/2024 11:15:34 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>