



Juzgado Tercero De Familia De Neiva

Neiva, mayo treinta y uno (31) de dos mil veintiuno (2021)

RADICACIÓN:	410013110003-2021-00185-00
PROCESO:	ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE:	RUFINO CORTES PASTRANA
DEMANDADA:	NUEVA EPS y OTROS

1- ASUNTO A RESOLVER:

Procede el Despacho a proferir el fallo de la acción de tutela instaurada por el señor **RUFINO CORTES PASTRANA** contra **NUEVA EPS**, por presunta violación a los derechos fundamentales de la salud, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social.

2. ANTECEDENTES

LO QUE SE PRETENDE:

Pretende la parte actora, que a través de la acción de tutela que nos ocupa, se ampare el derecho fundamental citado, con la finalidad que se ordene a la **NUEVA EPS** y/o quien corresponda, que de manera inmediata se fije fecha y hora para la realización de "*Cambio de tubo traqueostomía a trache twist # 7 doble camisa fenestrada y cirugía de reconstrucción laringotraqueal e interconsulta con cirujano de tórax y anestesiólogo*".

Para fundamentar la anterior petición expone la parte actora como

HECHOS:

- El día 3 de Octubre de 2020, fue hospitalizado a causa del covid-19 y estuvo 21 días en la UCI.
- Después de una largo tratamiento sufrió una estenosis (daño laringotraqueal) la cual se le fue empeorando y al no poder respirar, los galenos optaron por realizarle una traqueotomía y desde aquel momento su salud física y psicológica se vino deteriorando de manera sistemática.
- El día 5 de Marzo de 2021 el profesional en laringología, GERMAN

LEONARDO BERNAL TRUJILLO ordenó la realización de "Cambio de tubo traqueotomía a traco twist # 7 doble camisa fenestrada y cirugía de reconstrucción laringotraqueal e interconsulta con cirujano de tórax y anestesiólogo "

- El día 27 de Abril de 2021 el profesional en cirujano general y del tórax, EDGAR ALBERTO CARMONA GOMEZ ordenó la realización de " Cambio de tubo traqueotomía a traco twist # 7 doble camisa fenestrada y cirugía de reconstrucción laringotraqueal".

- No obstante, desde el día de 8 de Marzo de 2021 la NUEVA EPS S.A ha negado la autorización para la realización o práctica del mencionado procedimiento médico arguyendo que no es posible dado que "no tiene esa cánula y que para la cirugía no tienen contratados los servicios con el Hospital universitario de clínica San Rafael", esta solicitud se ha realizado en dos ocasiones la segunda fue el día 18 de Mayo de 2021.

- Que éste procedimiento es de absoluta importancia para continuar con su proceso de tratamiento y recuperación de la patología Estenosis Subglótica.

TRAMITE PROCESAL

Admitida la acción de tutela por auto del 20 de mayo de 2021, se corrió traslado de la misma a las entidades accionadas, para que se pronunciaran sobre los hechos aducidos por el accionante, así mismo, se ordenó la vinculación de la Superintendencia Nacional de Salud, la Secretaría de Salud Departamental del Huila y a la Clínica Mediláser.

En dicha providencia se ordenó que por intermedio de la Clínica Mediláser se indicara por intermedio del médico adscrito a esa entidad, si los servicios demandados por el actor en esta acción de tutela tienen carácter urgente y si se pone en riesgo la vida del accionante su no realización.

En providencia del 26 de mayo presente, se ordenó la vinculación de la IPS HOSPITAL UNIVERSITARIO CLINICA SAN RAFAEL.

RESPUESTA DE LAS PARTES ACCIONADAS:

NUEVA EPS:

Que la NUEVA EPS ha venido garantizando la prestación del servicio de salud de acuerdo con lo que ha requerido la accionante para la atención de su actual patología, lo cual se desprende las valoraciones y atenciones que ha recibido el

paciente.

Informan que por parte del área de salud de la entidad, que el procedimiento denominado RECONSTRUCCION TRAQUEAL TERMINOTERMINAL VIA ABIERTA se encuentra con autorización No. 186370699 HOSPITAL UNIVERSITARIO CLINICA SAN RAFAEL.

Que la EPS ha cumplido a cabalidad con lo requerido por el usuario y sus obligaciones legales, esto es, tener la red contratada y dispuesta para la atención de los servicios que el usuario requiere, por lo tanto, si bien la jurisprudencia ha indicado que la EPS debe garantizar la atención, realmente es la INSTITUCION PRESTADORA DEL SERVICIO DE SALUD que ejecuta y materialice dicha atención.

Señalan que la Entidad Promotora de Salud - EPS, se encarga de afiliar a los usuarios a los servicios de salud, y por lo tanto, son los encargados de la parte administrativa y comercial del proceso, además se encarga de la articulación de las IPS para hacer efectivo el acceso a los servicios de salud. Ahora bien, las IPS, son las Instituciones Prestadoras de Servicios, es decir, todos los centros, clínicas y hospitales donde se prestan los servicios médicos, bien sea de urgencia o de consulta. Las relaciones con las IPS surgen de los contratos acordados con ellas para la prestación de servicios como extracontractualmente y por efectos del mandato de la ley y las obligaciones de ellas adquiridas

LA SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL HUILA.

Que revisados los archivos de esa entidad, no se encontró solicitud alguna presentada por el accionante, su familia ni NUEVA EPS, a nombre de RUFINO CORTES PASTRANA, para que se le autoricen servicios de Salud, por lo tanto, la Secretaría de Salud en ningún momento, ha violado los derechos fundamentales del accionante, toda vez que no han tenido oportunidad de pronunciarse sobre el tema, habiendo sido imposible que esta entidad realizara una acción u omisión que vulnerara los derechos fundamentales del accionante.

Por lo anterior solicitan se exonere a esa entidad de cualquier responsabilidad frente a la posible violación de los derechos fundamentales del accionante, por el contrario, se obligue a NUEVA EPS, a cumplir con las obligaciones tanto de acompañamiento como de prestación de servicios de salud, de manera integral, oportuna y eficiente a RUFINO CORTES PASTRANA usuario activo de dicha EPS, quien es la responsable de garantizar de manera integral los servicios de salud.

CLINICA MEDILASER

Esta Clínica propone la “falta de legitimación en la causa por pasiva”, toda vez que la accionante en su escrito de tutela pretende se fije fecha y hora para la realización de "Cambio de tubo traqueotomía a trache twist # 7 doble camisa fenestrada y cirugía de reconstrucción laringotraqueal e interconsulta con cirujano de tórax y anestesiólogo".

La responsabilidad de lo que aquí se resuelva recae principalmente en la entidad directamente accionada, quien es la encargada de emitir respuesta definitiva a las peticiones del accionante; por tanto esa clínica como Institución Prestadora de Servicios de Salud no tiene nada que ver con lo manifestado por el accionante, en ningún momento esa institución ha negado la prestación de servicios en salud, haciendo imposible que la entidad, haya incurrido en acción u omisión alguna que vulnere los derechos fundamentales alegados dentro de la presente Acción Constitucional.

En esta misma respuesta, se allega el concepto médico del Internista Neumólogo JULIAN ANDRES VALVERDE CORTES quien indica que el accionante se trata de un paciente usuario de TRAQUEOSTOMIA POR ESTENOSIS SUBGLOTICA que ha requerido múltiples intervenciones de dilatación para resolver esta entidad, sin resultados exitosos por lo cual fue remitido a institución de mayor complejidad donde deciden programa para nueva intervención quirúrgica la cual está pendiente.

Así mismo, señala que el procedimiento solicitado si bien es necesario no corresponde a una urgencia vital debido a que tiene una TRAQUEOSTOMIA funcional que permite la ventilación espontánea, se puede continuar trámites para su intervención quirúrgica de forma ambulatoria y no requiere hospitalización para su manejo.

HOSPITAL UNIVERSITARIO CLINICA SAN RAFAEL

Informa esta entidad que el paciente tiene programada teleconsulta por Otorrinolaringología con el Dr. German Bernal, el día viernes 4 de junio de 2021 a las am, adicionalmente el paciente ya cuenta con autorizaciones de la EPS para el procedimiento reconstrucción laringotraqueal termino terminal, pero no se ha programado para la cirugía, por lo que se encuentran en alerta roja hospitalaria y no se están realizando procedimientos quirúrgicos programados.

Por lo anterior y al otorgarse la cita indican que esa institución ha cumplido con lo ordenado por el despacho, además se configura el hecho superado ante la reclamación por vía de tutela.

3.- CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

PROBLEMA JURIDICO

Le corresponde a este Despacho determinar si la entidad accionada ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante, cuando en el curso de la acción constitucional se obtienen las autorizaciones de los servicios solicitados, además de informarse de la cita virtual con especialista el día 4 de junio de 2021, quedando pendiente la materialización del procedimiento quirúrgico aquí aludido.

La tesis del despacho es que si bien se cumplió con las autorizaciones y agendamiento de cita virtual con especialista, se hace necesario la protección de los derechos fundamentales alegados en la presente acción garantizando la integralidad del servicio de atención en salud hasta que se materialice el procedimiento quirúrgico establecido por el médico tratante **“RECONSTRUCCION TRAQUEAL TERMINOTERMINAL VIA ABIERTA con autorización No. 186370699 por HOSPITAL UNIVERSITARIO CLINICA SAN RAFAEL”**.

Marco Normativo:

A través de la acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, tiene toda persona la facultad de reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, LA PROTECCION INMEDIATA DE SUS DERECHOS FUNDAMENTALES, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública; también procede contra particulares en los eventos expresamente señalados por la ley, en este caso, por el decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela.

Tres son los elementos que deben configurarse para la procedencia y prosperidad de la acción de tutela, a saber:

1. Que el derecho cuya protección se invoca tenga la categoría de FUNDAMENTAL, entre los cuales se encuentran, no solamente los que en forma taxativa enuncia nuestra Constitución Política en el capítulo I del título II, sino también aquellos cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos (artículos 2 y 3 del decreto 2591 de 1991).
2. Que exista una VULNERACIÓN o una AMENAZA contra ese derecho fundamental.

3. Que tal vulneración o amenaza provenga de la ACCIÓN u OMISIÓN de una autoridad pública, como regla general, o de un particular, en casos excepcionales (artículos 5 y 42 del decreto 2591 de 1991).

Precedente Jurisprudencial y legal:

1.- La protección constitucional del derecho a la salud como derecho autónomo.

El artículo 49 de la Constitución política de Colombia establece que la atención a la salud es un servicio público a cargo del Estado, se les garantiza a las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, y le corresponde al estado dirigir y reglamentar la prestación de éste servicio a los habitantes conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, tal como lo establece la carta magna.

De manera constante ha señalado la Corte Constitucional que el ser humano necesita mantener adecuados niveles de salud, no sólo para sobrevivir, sino para desempeñarse apropiadamente como individuo, en familia y en sociedad, de modo que al surgir novedades que afecten los niveles de pervivencia estable y aun cuando no se esté en presencia de una enfermedad letal, debe brindarse una atención oportuna, para que el paciente mantenga el derecho a abrigar esperanzas de recuperación, a recibir curación o alivio a sus dolencias y a continuar la vida con dignidad.¹

Ahora bien, respecto al derecho a la salud la jurisprudencia constitucional ha tenido dos momentos. El primero, en el que consideró que mediante el ejercicio de la acción de tutela era posible garantizar el goce del derecho prestacional a la salud siempre y cuando tuviera una relación íntima e inescindible con derechos como la vida, integridad personal o mínimo vital o se concretara en un derecho de naturaleza subjetiva cuando eran desconocidos servicios incluidos en los diferentes planes de atención en salud.

En el segundo, estimó que la salud es un derecho fundamental autónomo cuando se concreta en una garantía subjetiva o individual derivada de la dignidad humana, entendida esta última como uno de los elementos que le da sentido al uso de la expresión “*derechos fundamentales*”, alcance efectuado adicionalmente en armonía con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano. Esta interpretación efectuada por la Corporación constitucional, permitió dejar de lado el criterio de la conexidad por considerarlo artificioso e innecesario para garantizar la efectividad de los derechos constitucionales, pues todos los derechos, unos más que otros, tienen innegablemente un contenido prestacional, por lo que “*la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud “en conexidad con el derecho a la vida y la integridad personal”, para pasar a proteger el derecho fundamental autónomo a la salud.*”²

2.- Derecho a la seguridad social y a la vida

El derecho a la seguridad social contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política adquiere carácter de derecho fundamental cuando las circunstancias del caso conducen a que su desconocimiento ponga en peligro derechos y principios fundamentales³, motivo por el cual todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su garantía fundamental a la salud.

El mismo artículo 48 superior proclama que la seguridad social debe sujetarse a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establece la ley; y el artículo 365 ídem, señala que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que como tal, tiene el ente estatal un deber de asegurar su prestación de manera eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

¹ Corte constitucional, sentencia de tutela T-681 de 2012, M. P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

² Corte constitucional, sentencia de tutela T-650 de 2009, M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

³ Corte constitucional, sentencia de tutela T-829 de 2005, M. P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra

De igual manera, la Honorable Corte Constitucional en diferentes providencias,⁴ ha destacado la importancia del derecho a la vida, como el más trascendente y fundamental de todos los derechos; y ha indicado que éste debe interpretarse en un sentido integral, correspondiendo a una noción de “*existencia digna*”, conforme lo dispuesto en el artículo 1º Superior, que establece que la República se funda “*en el respeto de la dignidad humana*”.

3-. Son las EPS las entidades responsables de garantizar el acceso a los servicios de salud

Desde años atrás la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁵ ha dejado en claro que toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud que requiera, con calidad, eficacia y oportunidad, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad. La obligación de garantizar este derecho fue radicada por el legislador nacional en cabeza de las EPS tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado, pues dichas entidades son las que asumen las funciones indelegables del aseguramiento en salud, así lo establece la ley 1122 de 2007, artículo 14⁶, entre las cuales se incluyen, (i) la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, (ii) la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y (iii) la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario.

Ley 1122 de 2007, artículo 14: “*Para efectos de esta ley entienda por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud. Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS). Cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señala el reglamento.*”

Caso Concreto

El accionante RUFINO CORTES PASTRANA, solicita la protección de los derechos constitucionales fundamentales que considera han sido vulnerados por la entidad accionada NUEVA EPS, al no AUTORIZAR y fijar fecha y hora para la realización de “Cambio de tubo traqueotomía a tracheo twist # 7 doble camisa fenestrada y cirugía de reconstrucción laringotraqueal e interconsulta con cirujano de tórax y anestesiólogo”.

La entidad accionada manifiesta que el procedimiento denominado RECONSTRUCCION TRAQUEAL TERMINOTERMINAL VIA ABIERTA se encuentra con autorización No. 186370699 HOSPITAL UNIVERSITARIO CLINICA SAN RAFAEL.

Una vez dicho lo anterior, el despacho vincula al HOSPITAL UNIVERSITARIO CLINICA SAN RAFAEL, quien entre otras cosas manifiesta que se otorgó cita para el accionante para el próximo 4 de junio de 2021, aunado a lo anterior, que por encontrarse ese centro hospitalario en alerta roja no se están realizando procedimientos quirúrgicos programados.

El accionante, el pasado viernes 28 de mayo, remite comunicación al despacho

⁴ Véase entre otras las sentencias de tutela T-012 de 2011, M. P. Dra. María Victoria Calle Correa; y T-355 de 2012, M. P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva

informando que el Hospital Universitario Clínica San Rafael se puso en contacto con él, informándole de la cita virtual con el laringólogo German Bernal, el día 4 de junio a las 9 am y se le indica que envíe la documentación para que la cirugía quede autorizada, además que el tubo traqueal está autorizado dentro del procedimiento quirúrgico y una vez se levante el pico de la pandemia en la ciudad de Bogotá que se encuentra en alerta roja, se proceda a realizar la cirugía.

Así mismo, remite como anexo a la citada comunicación la Autorización del 25 de mayo de 2021 No POO-15014898 para la realización del procedimiento solicitado por el accionante.

En este orden de ideas, y conforme lo ventilado en la presente acción, el despacho encuentra que las entidades accionadas han emitido las ordenes y autorizaciones, fijando fecha de cita virtual con especialista. Sin embargo y obedeciendo al principio de integralidad del servicio en los tratamientos médicos es necesario tutelar esa garantía al accionante hasta tanto se verifique el total cumplimiento al derecho fundamental con el fin perseguido que es la materialización del procedimiento quirúrgico RECONSTRUCCION TRAQUEAL TERMINOTERMINAL VIA ABIERTA con autorización No. 186370699 por HOSPITAL UNIVERSITARIO CLINICA SAN RAFAEL.

Lo anterior con el fin de evitar tutelas posteriores frente al derecho a la salud, principio de integralidad valga decirlo atemperado por la jurisprudencia constitucional donde se ha enseñado que dicha prerrogativa impone su prestación continua, la cual debe ser comprensiva de todos los servicios requeridos para recuperar la salud.” La determinación y previsión de los servicios requeridos para la plena eficacia del derecho a la salud, como reiteradamente se ha señalado, no corresponde al usuario, sino al médico tratante adscrito a la EPS”.⁵

Por lo anterior el despacho tutelaré el derecho a la salud del señor RUFINO CORTES PASTRANA para que se le preste por parte de la EPS, responsable del servicio, todos los servicios requeridos para el mejoramiento de su calidad de vida, llevando a cabo procedimiento quirúrgico: **RECONSTRUCCION TRAQUEAL**

⁵ “La atención y tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”. Corte constitucional, sentencia de tutela T-1059 de 2006, M. P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández

TERMINOTERMINAL VIA ABIERTA con autorización No. 186370699 por HOSPITAL UNIVERSITARIO CLINICA SAN RAFAEL.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero de Familia de Neiva, administrando justicia en nombre la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, a la vida y la seguridad social del señor **RUFINO CORTES PASTRANA**, dentro de la presente acción de tutela instaurada contra **LA NUEVA E.P.S**, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído, teniendo en cuenta el principio de integralidad del servicio.

SEGUNDO: ORDENAR a la **NUEVA EPS**, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, disponga de los medios necesarios, para la programación del procedimiento quirúrgico **“RECONSTRUCCION TRAQUEAL TERMINOTERMINAL VIA ABIERTA con autorización No. 186370699 por HOSPITAL UNIVERSITARIO CLINICA SAN RAFAEL.”**, ordenados por el médico tratante al señor **RUFINO CORTES PASTRANA** teniendo en cuenta la patología que padece el accionante.

TERCERO.- BRINDAR Atención integral en salud al señor **RUFINO CORTES PASTRANA** por parte de **LA NUEVA EPS**, brindándole todos los servicios requeridos para garantizar un servicio eficaz y oportuno.

CUARTO.- NOTIFICAR el presente fallo a las partes intervinientes por el medio más expedito (Art. 30 del decreto 2451 de 1991).

QUINTO.-. REMITIR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, si esta decisión no fuere impugnada (Art. 31 del Decreto 2351 de 1991).

NOTIFÍQUESE



SOL MARY ROSADO GALINDO

Jueza