

Sabanalarga, veintiséis (26) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	ACCIÓN DE TUTELA.
REFERENCIA:	08-638-40-89-003-2021-00193-00
ACCIONANTE:	LUISA FERNANDA MARTINEZ ARAUJO
ACCIONADO:	NUEVA EPS

ASUNTO

Se procede a dictar fallo dentro de la acción de tutela promovida por la señora CARMELA SUSANA ARAUJO ESCORCIA, en su calidad de representante Legal de su menor hija LUISA FERNANDA MARTINEZ ARAUJO, en contra de la NUEVA EPS, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud, a la vida e integridad personal, consagrados en nuestra Carta Política.

ANTECEDENTES

Hechos: Los siguientes hechos son narrados por la parte accionante tal y como continuación se resumen así:

La señorita LUISA FERNANDA MARTINEZ ARAUJO, quien se encuentra afiliada a la NUEVA EPS, padece de insuficiencia renal crónica en fase dialítica, por lo que requiere la realización de diálisis en razón a 3 por semana, las cuales se encuentran siendo suministradas por la accionada en la Unidad Renal Riomar- Fresenius Medical Care ubicada en la ciudad de Barranquilla, por lo que requiere del cambio de IPS hacia la Clínica Colombiana del Riñón S.A., en el Municipio de Sabanalarga.

Agrega además que la accionante es de escasos recursos para sufragar los altos costos del traslado desde Sabanalarga, hacia Barranquilla, por lo que el día 29 de abril del corriente año, radicó derecho de petición en tal sentido, el cual a la fecha de presentación de la acción de tutela que nos ocupa, no había sido resuelto.

Pretensiones: Teniendo en cuenta los hechos de su tutela, la accionante le solicita al Despacho que ordene a la NUEVA EPS, autorizar la prestación del procedimiento de diálisis a la accionante, en la Clínica Colombiana del Riñón S.A. Unidad Renal San Rafael de Sabanalarga y en caso de no existir convenio entre estas, se realicen los trámites pertinentes para la prestación del servicio requerido en el mencionado Centro Asistencial.

ACTUACIÓN PROCESAL

Avocado el conocimiento por parte de este Juzgado, mediante auto de fecha 12 de mayo del presente año, se dispuso la notificación de la NUEVA EPS, y la vinculación de la CLINICA COLOMBIANA DEL RIÑON S.A., quienes rindieron informe en los siguientes términos:

La ALCALDÍA MUNICIPAL DE SABANALARGA manifestó que es la NUEVA EPS la encargada de satisfacer las necesidades de la accionante, por lo que solicitó amparar los derechos fundamentales de la accionante y acceder a las pretensiones, tal y como se encuentran pedidas.

Por su parte, la NUEVA EPS, manifestó que a la fecha cuenta con convenio vigente con la Clínica Colombiana del Riñón S.A., y ante el requerimiento hecho por el Despacho, procedió a elevar la consulta a la mencionada institución a fin de que le certificara la disponibilidad de cupos para la realización de la diálisis a la menor. De ello depende la autorización de la prestación del servicio requerido.

Finalmente, la Clínica Colombiana del Riñón S.A., a través de un sucinto comunicado al Despacho, informó que cuenta con la disponibilidad de cupo para la atención a la accionante y se encuentra a la espera de la autorización para la realización de las diálisis.

Acervo Probatorio: Obran en el expediente las siguientes pruebas documentales:

Por la parte accionante:

- Copia de la tarjeta de identidad de la accionante y cedula de ciudadanía de su Representante Legal.

- Copia del Registro Civil de la menor.
- Copia del derecho de petición.
- Copia de la historia clínica de la accionante.
- Certificación del tratamiento por parte de Fresenius Medical Care.
- Comprobantes de pago por transporte para traslado de la accionante desde Sabanalarga, hacia Barranquilla.
- Comprobantes de nómina del papá de la accionante.

Por su parte, la vinculada aportó copia del Certificado expedido por la Administradora de Recursos Económicos del Sistema de Salud, ADRES, y certificación expedida por el Secretario de Salud Municipal de Sabanalarga.

Finalmente, los accionados no presentaron pruebas de sus manifestaciones.

CONSIDERACIONES

La Acción de Tutela es una institución jurídica que protege y defiende los derechos constitucionales fundamentales, que es una de las novedades que consagra la constituyente del año 1991, en el Artículo 86 de la Carta Magna, reglamentado por los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, al tenor dice:

"(...) Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública..."

Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en la que se encuentra el solicitante, debido a que en definitiva implica hacer un estudio analítico del mecanismo judicial "ordinario" previsto por el ordenamiento jurídico en cuanto a su idoneidad para conseguir el propósito perseguido" (...).

De lo dicho se puede concluir que la acción de tutela solo procede para proteger derechos fundamentales, más no otros de distinto rango, cuando resulten amenazados o vulnerados por cualquier autoridad pública o por particulares con las características descritas en el inciso final del artículo 86 de la Constitución Nacional, siempre que el solicitante no cuente con otro medio de defensa judicial, a menos que busque un amparo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, este Juzgado es competente para conocer la presente acción de tutela.

CUESTIÓN PREVIA A LA FORMULACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

Antes de la formulación del problema jurídico relacionado con la vulneración de los derechos fundamentales invocados en protección, el despacho debe ocuparse del estudio de los requisitos generales de procedibilidad y su demostración en la solicitud de amparo de la referencia como cuestión previa. A tal efecto, analizará en conjunto si en el presente asunto se demuestran los presupuestos necesarios de procedencia, como son: i) legitimación por activa; ii) legitimación por pasiva; iii) inmediatez; y, iv) subsidiariedad, para que, una vez se verifique su acreditación, si es del caso, formule el respectivo problema jurídico que permita realizar el examen de las presuntas vulneraciones a los derechos fundamentales invocadas en el escrito de tutela.

ANÁLISIS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Acorde con el artículo 86 de la Carta Política y el Decreto 2591 de 1991 Artículos 1° y 10°, el requisito de **legitimación por activa** se encuentra acreditado, toda vez que la presente acción de tutela es ejercida por la señora CARMELA SUSANA ARAUJO ESCORCIA, en su calidad de representante Legal de su menor hija LUISA FERNANDA MARTINEZ ARAUJO, por considerar que la NUEVA EPS, le ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud y a la vida.

En lo que respecta a la **Legitimación por Pasiva**, siguiendo lo establecido por la ley y la jurisprudencia constitucional, la legitimación pasiva en la acción de tutela se refiere a la aptitud legal de la entidad contra quien se dirige la acción, a efectos de que sea llamada a responder por la vulneración o amenaza de uno o más derechos fundamentales. En principio, la acción de tutela fue dispuesta y diseñada para los casos de violación o amenaza de los derechos fundamentales de las personas por parte de agentes estatales o de servidores públicos. Dentro de esta comprensión el inciso primero del artículo

86 señala que procede la acción de tutela cuando los derechos fundamentales “*resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública*”. Por ende, el amparo procede en contra de autoridades públicas y por excepción, en contra de particulares.

Se tiene que la acción de tutela fue interpuesta en contra de la NUEVA EPS, ante lo cual se encuentra acreditado para actuar por Pasiva en este proceso según los artículos 86 Superior y el 5° del Decreto 2591 de 1991.

De otra parte, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela debe interponerse en un término oportuno, justo y razonable, esto es, cumplir con el requisito de inmediatez. Este requisito responde a la pretensión de “*protección inmediata*” de los derechos fundamentales de este medio judicial, que implica que, pese a no existir un término específico para acudir al juez constitucional, las personas deben actuar diligentemente y presentar la acción en un tiempo razonable.

En el presente caso, la atención a la accionante data del 5 de mayo del presente año y el 11 de marzo de 2021, interpuso la acción de tutela; siendo así las cosas el **Requisito de Inmediatez** se encuentra satisfecho ya que el hecho vulnerador ha perpetuado en el tiempo, razón por la cual el término más que oportuno para acudir al amparo constitucional.

Finalmente, sobre el **requisito de subsidiariedad**, Conforme con el artículo 86 de la Carta y el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela circunscribe la procedencia del amparo a tres escenarios: (i) la parte interesada no dispone de otro medio judicial de defensa; (ii) existen otros medios de defensa judicial, pero son ineficaces para proteger derechos fundamentales en el caso particular, o (iii) para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En el presente asunto, la menor LUISA FERNANDA, posee un diagnóstico de insuficiencia renal crónica, por lo que se hace necesaria la realización de hemodialisis. En este orden de ideas, el Despacho encuentra configurado el requisito de subsidiariedad, y reconoce que la acción de tutela procede, en los casos objeto de revisión, como mecanismo autónomo y definitivo para proteger los derechos fundamentales invocados, los cuales han sido aparentemente vulnerados por la entidad accionada.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

Compete al Despacho establecer ¿si en el presente caso, la NUEVA EPS Vulnera o amenaza los derechos fundamentales a la salud y a la vida, seguridad social de la menor LUISA FERNANDA MARTINEZ ARAUJO.?

Con el fin de dar respuesta al problema jurídico planteado, el despacho abordará previamente el estudio de la protección constitucional del derecho fundamental de petición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Sentencia T – 309 de 2018).

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

6. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 12, estableció que “*todo ser humano tiene el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente*” igualmente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General n.º 14 del 2000 advirtió que “*la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos.*” Permitiendo entender el derecho a la salud como “*el disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.*”

Asimismo, en 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 asegurarles su protección y recuperación. De ahí su doble connotación: por un lado, constituye un derecho fundamental del cual son titulares todos los ciudadanos del territorio nacional y por otro, un servicio público de carácter esencial cuya prestación se encuentra en cabeza del Estado.

En cuanto a su connotación jurídica como derecho, se destaca que, dado el desarrollo jurisprudencial, específicamente desde la sentencia T-016 de 2007, se considera un derecho fundamental autónomo en los siguientes términos:

“(…) resulta equivocado hacer depender la fundamentalidad de un derecho de si su contenido es o no prestacional y, en tal sentido, condicionar su protección por medio de la acción de tutela a demostrar la relación inescindible entre el derecho a la salud - supuestamente no fundamental - con el derecho a la vida u otro derecho fundamental - supuestamente no prestacional.”

Asimismo, en respuesta a las observaciones contenidas en sentencia T-760 de 2008 la Ley 1751 de 2015, por una parte, en su artículo 2° reitera la irrenunciabilidad del derecho a la salud, así como el deber por parte del Estado de garantizar su prestación de manera oportuna, eficaz y con

calidad; por otra, en su artículo 4 define al sistema de salud como "(...) el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud".

En ese sentido, recientemente la Corte ha concluido que el Estado, las EPS, o las que hagan sus veces –IPS–, tienen una labor permanente de ampliación y modernización en su cobertura con el fin de garantizar, de manera dinámica y progresiva el derecho a la salud en consonancia con los principios contemplados en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política y el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015 en los que se consagran como principios rectores y características del sistema, entre otros, la calidad en la prestación del servicio, accesibilidad, solidaridad e integralidad, a saber: 7. Principio de accesibilidad. La Ley Estatutaria de Salud lo define de la siguiente manera: "los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información."

Por su parte, este Tribunal, a propósito del desarrollo del derecho a la salud y con fundamento en la mencionada Observación General n.º 14 del Comité de Derechos Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC), ha expuesto que: "En cuanto a los elementos enlistados no cabrían reparos, pues, resulta evidente que el Proyecto recoge lo contemplado en la Observación General 14, con lo cual, se acude a un parámetro interpretativo que esta Sala entiende como ajustado a la Constitución. En el documento citado, la disponibilidad, la aceptabilidad, la accesibilidad y la calidad se tienen como factores esenciales del derecho. En sede de tutela y, sobre el punto, esta Corporación, ha reconocido el vigor y pertinencia de la Observación en los siguientes términos: "(...)

Ahora bien el derecho a la salud contiene una serie de elementos necesarios para su efectivo desarrollo, dentro de los cuales encontramos la accesibilidad al servicio. Esta Corporación en aras de desarrollar por vía jurisprudencial el alcance y contenido del derecho a la salud, ha recurrido en diversas oportunidades a la Observación General Número 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC). La cual en su párrafo 12 expresó que los elementos esenciales del derecho a la salud, son la accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad. (...) "(Sentencia T-585 de 2012.). (Las negrillas son del texto original)." En este sentido, es posible determinar la obligación que recae sobre las entidades promotoras de salud de cumplir la obligación estatal contenida en los artículos 48 y 49 de la Constitución de garantizar el acceso al servicio de salud y, en consecuencia, de brindar todos los medios indispensables para que dicha accesibilidad se materialice de manera real y efectiva evitando generar cargas desproporcionadas en cabeza de los usuarios.

8. Principio de integralidad. Esta directriz se refleja en el deber de las EPS de otorgar todos los servicios requeridos para recuperar el estado de salud de los usuarios pertenecientes al sistema con el pleno respeto de los límites que regulan el sistema de salud. En la sentencia T-760 de 2008 esta Corporación lo definió así: "(...) se refiere a la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del sistema de seguridad social en salud, según lo prescrito por el médico tratante".

En la misma línea, la sentencia T-277 de 2017 reiteró que "la atención y el 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 (...) " De acuerdo con dichos parámetros, la integralidad responde "a la necesidad de garantizar el derecho a la salud de tal manera que los afiliados al sistema puedan acceder a las prestaciones que requieran de manera efectiva, es decir, que debido a la condición de salud se le otorgue una protección integral en relación con todo aquello que sea necesario para mejorar la calidad de vida de manera efectiva".

Así, se concluye que el principio de integralidad consiste en mejorar las condiciones de existencia de los pacientes garantizando todos los servicios que los médicos consideren científicamente necesarios para el restablecimiento de la salud, ello en condiciones de calidad y oportunidad. Finalmente, en consonancia con este principio, sobre las empresas promotoras de salud recae la obligación de no entorpecer los requerimientos médicos con procesos y trámites administrativos que impidan a los usuarios el acceso a los medios necesarios para garantizar el derecho a la salud.

9. Principio de solidaridad. Este principio se encuentra consagrado en el artículo 48 y 95 de la Constitución, es uno de los pilares del sistema de salud y supone el deber de una mutua colaboración entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades orientadas a ayudar a la población más débil.

Esta Corporación ha manifestado en sentencia C-529 de 2010 que: "La seguridad social es esencialmente solidaridad social. No se concibe el sistema de seguridad social sino como un servicio público solidario; y la manifestación más integral y completa del principio constitucional de solidaridad es la seguridad social" (subrayado fuera del texto original).

Esto significa que el propósito común de proteger las contingencias individuales se realiza en trabajo colectivo entre el Estado, las entidades a las cuales se le adjudicó la prestación del servicio de salud y los usuarios del sistema, en otras palabras, los recursos del Sistema General de la Seguridad Social en Salud deben distribuirse de tal manera que toda la población colombiana, sin distinción de su capacidad económica, acceda al servicio de salud.

Ahora bien, dada la variedad de insumos, procedimientos o servicios que pueden asegurar la materialización del derecho a la salud en sus distintas facetas, tanto el Estado, como las EPS, deben garantizar a los usuarios del sistema su acceso tomando en cuenta las particulares condiciones económicas de aquellos.

De otro lado, como consecuencia de que el Sistema General de Seguridad Social en Salud no posea recursos ilimitados, el acceso al derecho a la salud encuentra unos límites establecidos en el Plan de Beneficios; no obstante, ello no puede convertirse en una barrera para que las personas puedan acceder al goce real y efectivo del derecho. En otras palabras, argumentos de carácter administrativo no pueden prevalecer sobre los derechos de las personas ni ser un obstáculo ante la obtención de los servicios de salud.

2. Sentencia T 124/16

3. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. EXIGIBILIDAD DE SERVICIOS INCLUIDOS Y NO INCLUIDOS EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD –POS–.^[1]

- 3.1 Esta Corporación ha sostenido en otras oportunidades que el derecho a recibir la atención de salud definida en el Plan Obligatorio de Salud, en concordancia con las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tiene naturaleza de derecho fundamental autónomo. La Corte ya se había pronunciado sobre este tema al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos. De manera que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el POS, se estaría frente a la violación del derecho fundamental a la salud.
- En esta perspectiva, el Sistema General de Seguridad Social en Salud creado en la ley 100 de 1993 estableció las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Beneficios (el POS) para todos los habitantes del territorio nacional (art. 162 L. 100 de 1993). Dicho Plan constituye un conjunto de prestaciones, que deben satisfacer y garantizar las entidades promotoras del servicio, en armonía con la definición del plan obligatorio hecha por la autoridad competente, que para el efecto era en su momento la Comisión de Regulación en Salud (CRES), y actualmente el Ministerio de Salud y de la Protección Social.
- 3.2 La jurisprudencia constitucional, con base en la normatividad internacional, ha señalado que el derecho a la salud tiene cuatro dimensiones: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, de las cuales se deriva que toda persona tiene derecho al acceso a los servicios que se requieran incluidos o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Respecto a los servicios establecidos en el POS, la Corte ha señalado que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios médicos contemplados dentro de los planes obligatorios de salud. De manera que, “no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.”
- 3.3 Igualmente, ha señalado que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando se cumplen las siguientes condiciones:
- “(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;
(ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;
(iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie;
y
(iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.”
- 3.4 También ha indicado que respecto al deber de asumir el costo de los servicios de salud excluidos del plan de beneficios, en armonía con lo establecido en la Ley 100 de 1993 y Ley 715 de 2001 “el reembolso de los costos de los servicios de salud no POS a favor de las EPS, están a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, cuando tales servicios se autorizan dentro del Régimen Contributivo, y a cargo de las Entidades Territoriales (Departamentos, Municipios y Distritos), en los casos en que los servicios no POS se reconocen dentro del Régimen Subsidiado”.
- 3.5 En relación con la acreditación de la incapacidad de costear el procedimiento requerido por el paciente, la jurisprudencia constitucional ha enfatizado que “no es aceptable que una EPS se niegue a autorizar la prestación de un servicio de salud no incluido dentro de los planes obligatorios, porque el interesado no ha demostrado que no puede asumir el costo del servicio de salud requerido.”^[13] En estos casos las EPS cuentan con la información de la condición económica de la persona para determinar si pueden o no cubrir los costos de un servicio. Y, en todo caso, es necesario determinar si el pago del servicio es una “carga razonable”^[14], esto es, si “el costo del servicio de salud requerido afecte desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona”
- 3.6 En relación con las reglas aplicables para determinar la capacidad de pago de un usuario del sistema de salud en relación con medicamentos no-POS, la Corte ha señalado que es posible eximir de dichos pagos cuando: (i) incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue^[15]; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe.”^[16]
- 3.7 Adicionalmente, la Corte ha explicado^[17] que el legislador consideró procedente el cobro de las cuotas moderadoras y copagos, como mecanismo destinado a “racionalizar el uso de servicios del sistema” y a “financiar los servicios recibidos”. Y que con fundamento en esos preceptos, los jueces de tutela han amparado a aquellas personas a quienes los pagos moderadores, por su precaria condición económica, representan un obstáculo para acceder a los servicios en el Sistema.

En este sentido, este Tribunal ha entendido^[18] que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios que requiera, así no los pueda costear, y que la entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud quebranta el derecho de acceder a ellos, si exige a una persona sin recursos, como condición previa, la cancelación del pago moderador a que haya lugar en virtud de la reglamentación. Lo anterior, debido a que la empresa promotora de salud tendrá derecho a que le sean pagadas las sumas respectivas, pero no en desmedro del goce efectivo del derecho a la salud de un ciudadano. Por lo tanto, las cuotas moderadoras y los copagos, como instrumentos para garantizar el equilibrio financiero del SGSSS, son legítimas en la medida en que no obstruyan o limiten el acceso a los servicios de salud de la población más pobre y vulnerable.

- 3.8 De manera que toda persona tiene derecho a que se le preste y garantice su derecho fundamental a la salud, para lo cual las entidades prestadoras y los entes territoriales deben cumplir con sus obligaciones en el marco del servicio a la salud. Cuando los servicios no están previstos en el plan de beneficios, existen los mecanismos de recobro pertinentes previstos en el ordenamiento jurídico por lo que no se puede oponer el cobro de los mismos a la efectiva prestación del servicio de salud. Y, no es aceptable que ninguna entidad del sistema de salud se niegue a autorizar la prestación de un servicio de salud no incluido dentro de los planes obligatorios, porque el interesado no ha demostrado que no puede asumir el costo del servicio de salud requerido, cuando no es una carga soportable para el ciudadano.

4. El principio de continuidad en la prestación del servicio de salud. Reiteración de jurisprudencia.¹²⁹¹

4.1. El principio de continuidad, según el numeral 3.21 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993¹²⁹², consiste en que “[t]oda persona que habiendo ingresado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separado del mismo cuando esté en peligro su calidad de vida e integridad”. Dicho principio, hace parte de las responsabilidades a cargo del Estado y de los particulares comprometidos con la prestación del servicio de salud quienes deben facilitar su acceso con los servicios de promoción, protección y recuperación, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad señalados en el artículo 49 de la Constitución Política de 1991

4.2. Al respecto, la Corte ha venido reiterando los criterios que deben tener en cuenta las Entidades Promotoras de Salud – EPS, para garantizar la continuidad en la prestación del servicio público de salud sobre tratamientos médicos ya iniciados, de la siguiente manera: “(i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados”.

4.3. Igualmente, la Corte ha sostenido que el principio de continuidad en la prestación de servicios de salud responde, no solo a la necesidad de los usuarios de recibir tales servicios, sino también a los postulados del principio de buena fe y de confianza legítima contemplados en el artículo 83 de la Constitución Política de 1991 que dispone: “[l]as actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”. Esos fundamentos garantizan a los usuarios de los servicios de salud que su tratamiento no va ser suspendido luego de haberse iniciado¹²⁹³ bajo la vigencia de una afiliación que posteriormente se extingue, sin que deba importar la causa de su terminación. En ese orden, el tratamiento médico debe ser terminado hasta la recuperación o estabilización del paciente, esto es, sin interrupciones que pongan en peligro sus derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal o a la dignidad¹²⁹⁴.

4.4. Conforme a lo antedicho, la Corte ha identificado una serie de eventos en los que las EPS no pueden justificarse para abstenerse de continuar con la prestación de los tratamientos médicos iniciados, estos son: “(i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos; (ii) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo; (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario; (iv) porque la EPS considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado; (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad; o (vi) porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando”¹²⁹⁵.

4.5. Adicionalmente, la prestación del servicio de salud debe darse de forma continua. La jurisprudencia constitucional ha señalado que los usuarios del sistema de seguridad social en salud deben recibir la atención de manera completa, según lo prescrito por el médico tratante, en consideración al principio de integralidad. Es decir, deben recibir “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”¹²⁹⁶.

4.6. Teniendo en cuenta lo anterior, el Estado y los particulares comprometidos con la prestación de servicios de salud deben facilitar su acceso conforme a principios como el de continuidad e integralidad. A la luz de los postulados jurisprudenciales de la Corte, la prestación del servicio de salud implica que se debe dar de manera eficaz, regular, continua y de calidad. Por tanto, las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos, e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos. Lo anterior obedece al principio de la buena fe y a la obligación de garantía del Estado consistente en evitar situaciones que pongan en peligro los derechos fundamentales de la vida, la salud, integridad personal o la dignidad de los usuarios de los servicios médicos.

Por otro lado, es menester traer a referencia, las consideraciones expuestas en la Sentencia T-032 de 2020, en relación con la situación en que se encuentran las personas en razón a su condición de salud, en los siguientes términos:

5. El deber de solidaridad de la familia con sus parientes en situación de vulnerabilidad por razones de salud. Reiteración de jurisprudencia

5.1. La Constitución Política de 1991 consagra la solidaridad como un principio fundante del Estado Social de Derecho (artículo 1º), así como un deber que se materializa en la obligación de los individuos de responder “con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas” (artículo 95.2).

5.2. En torno a la solidaridad, este Tribunal ha sostenido que “desde el punto de vista constitucional, tiene el sentido de un deber impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo. Empero fundamentalmente se trata de un principio que inspira la conducta de los individuos para fundar la convivencia en la cooperación y no en el egoísmo”.

5.3. En este sentido, esta Corporación ha afirmado que la solidaridad representa un límite al ejercicio de los derechos propios, pues en algunas ocasiones la aplicación de sus mandatos puede derivar en la restricción parcial de los intereses de uno o varios sujetos con el propósito de beneficiar a otros, en especial, a quienes se encuentran en una condición de vulnerabilidad.

5.4. Adicionalmente, la Corte ha entendido que “los deberes que se desprenden del principio de la solidaridad son considerablemente más exigentes, urgentes y relevantes cuando se trata de asistir o salvaguardar los derechos de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta”.

5.5. Así las cosas, el principio de solidaridad elimina la idea de una dependencia absoluta de la persona y de la comunidad respecto del Estado, en tanto que bajo su imperio se reconoce que este no es el único responsable de alcanzar los fines sociales, sino que en tal objetivo también se encuentran comprometidos los particulares. Específicamente, en virtud de dicho axioma, la Sala Plena de este Tribunal ha sostenido que:

“(…) al Estado le corresponde garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, y para ello debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de inferioridad, bien de manera indirecta, a través de la inversión en el gasto social, o bien de manera directa, adoptando medidas en favor de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. Es claro que el Estado no tiene el carácter de benefactor, del cual dependan las personas, pues su función no se concreta en la caridad, sino en la promoción de las capacidades de los individuos, con el objeto de que cada quien pueda lograr, por sí mismo, la satisfacción de sus propias aspiraciones. Pero, el deber de solidaridad no se limita al Estado: corresponde también a los particulares, de quienes dicho deber es exigible en los términos de la ley, y de manera excepcional, sin mediación legislativa, cuando su desconocimiento comporta la violación de un derecho fundamental. Entre los particulares, dicho deber se ubica en forma primigenia en la familia, dentro de la cual cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente, atendiendo razones de equidad”.

5.6. En relación con el último punto, esta Corporación ha tomado nota de que la familia es la encargada de proporcionar a sus miembros más cercanos la atención que necesiten, sin perjuicio del deber constitucional que obliga al Estado a salvaguardar los derechos fundamentales de los asociados. En esta línea argumentativa, este Tribunal ha dejado constancia de que:

“La sociedad colombiana, fiel a sus ancestrales tradiciones religiosas, sitúa inicialmente en la familia las relaciones de solidaridad. Esta realidad sociológica, en cierto modo reflejada en la expresión popular ‘la solidaridad comienza por casa’, tiene respaldo normativo en el valor dado a la familia como núcleo fundamental (CP. art. 42) e institución básica de la sociedad (CP. art. 5). En este orden de ideas, se justifica exigir a la persona que acuda a sus familiares más cercanos en búsqueda de asistencia o protección antes de hacerlo ante el Estado, salvo que exista un derecho legalmente reconocido a la persona y a cargo de éste, o peligren otros derechos constitucionales fundamentales que ameriten una intervención inmediata de las autoridades (CP art. 13)”.

5.7. En tal contexto, a partir de lo dispuesto en el artículo 49 de la Carta Política, la Corte Constitucional ha reiterado que bajo la permanente asistencia del Estado, la responsabilidad de proteger y garantizar el derecho a la salud de una persona que no se encuentra en la posibilidad de hacerlo por sí misma, recae principalmente en su familia y subsidiariamente en la sociedad. En efecto, en la Sentencia T-098 de 2016, esta Corporación expresó:

“El vínculo familiar se encuentra unido por diferentes lazos de afecto, y se espera que de manera espontánea, sus miembros lleven a cabo actuaciones solidarias que contribuyan al desarrollo del tratamiento, colaboren en la asistencia a las consultas y a las terapias, supervisen el consumo de los medicamentos, estimulen emocionalmente al paciente y favorezcan su estabilidad y bienestar; de manera que la familia juega un papel primordial para la atención y el cuidado requerido por un paciente, cualquiera que sea el tratamiento”.

5.8. Con todo, en la misma providencia, se aclaró que “lo anterior no excluye las responsabilidades a cargo de las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud puesto que, aun cuando la familia debe asumir la responsabilidad por el enfermo, son las entidades prestadoras de salud las que tienen a su cargo el servicio público de salud y la obligación de prestar los servicios médicos asistenciales que sus afiliados requieran”.

5.9. Así pues, por ministerio del principio de solidaridad, la familia es la primera institución que debe salvaguardar, proteger y propender por el bienestar del paciente, sin que ello implique desconocer la responsabilidad concurrente de la sociedad y del Estado en su recuperación y cuidado, en los que la garantía de acceso integral al Sistema General de Seguridad Social en Salud cumple un rol fundamental.

5.10. Ahora bien, cuando una persona se encuentra en un estado de necesidad o en una situación de vulnerabilidad originada en su condición de salud y sus familiares omiten injustificadamente prestarle su apoyo y, con ello, afectan gravemente sus prerrogativas fundamentales, el derecho positivo establece un conjunto de mecanismos para hacer efectivas las obligaciones de los parientes derivadas del principio de solidaridad.

Por otro lado, la Corte Constitucional en sentencia T-547 de 2014, respecto a lo particular del régimen especial de salud de los docentes del Magisterio, estableció:

De acuerdo con el artículo 48 Superior, el derecho a la salud tiene una doble connotación: la de servicio público cuya prestación y coordinación está a cargo del Estado en observancia a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y la de derecho

autónomo que se define como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser” y que se garantiza bajo condiciones de “oportunidad, continuidad, eficiencia y calidad, de acuerdo con el principio de integralidad”.

La salud como derecho, comprende la posibilidad de acceder a los servicios médicos que una persona “requiere” para el manejo de una patología que presenta, es decir, a aquellos que son “indispensables para conservar la salud, en especial, aquellos que comprometan la vida digna y la integridad personal”.

Sumado a lo anterior, en armonía con lo dispuesto en el artículo 46 de la Constitución Política, esta Corporación ha establecido que el derecho a la salud adquiere mayor relevancia cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional como es el caso de las personas de la tercera de edad, en razón a “que es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón de las dolencias que son connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentran”.

En razón de lo anterior, la Corte Constitucional ha amparado el derecho a la salud en sede de tutela, en las siguientes eventualidades: “(i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios”.

Frente a este último evento, la Corte Constitucional ha evidenciado casos en los cuales la negativa del acceso a los servicios médicos excluidos del POS lesiona la garantía de los derechos a la salud, a la vida digna y a la integridad personal, y ha concedido su amparo a través de la acción de tutela. En consecuencia, ha ordenado a distintas EPS, autorizar la prestación de los servicios que requiere un paciente, aun cuando estén excluidos del plan de beneficios médicos, cuando se verifiquen los siguientes presupuestos:

“(i) que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado (ii) que se trata de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente (iii) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.).[.] (iv) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante”.

Sin embargo, frente al último presupuesto, esta Corporación ha constatado que existen distintos insumos que no son prescritos por los médicos tratantes, pero que la imposibilidad de acceder a ellos, afectan las condiciones que permiten a un paciente vivir dignamente.

En este escenario, la Corte Constitucional ha ordenado a algunas entidades prestadoras de salud la prestación de servicios médicos excluidos del plan de beneficios. Por ello, ha establecido que el juez constitucional deberá verificar que: “existe una relación directa entre la dolencia, es decir la pérdida de control de esfínteres y lo pedido, es decir que se puede inferir razonablemente que una persona que padece esta situación requiere para llevar una vida en condiciones dignas los pañales desechables”

...

“Si bien la Corporación ha reconocido el carácter excepcional del régimen del magisterio que se desprende del artículo 279 de la ley 100 de 1993, también ha aclarado que tal naturaleza no lo hace ajeno a los principios y valores que en materia de salud establece la Constitución Política. Así las cosas, si bien el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio cuenta con un catálogo de servicios propio, la extensión de su cobertura puede ser analizada a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre la inaplicación del régimen de exclusiones y limitaciones del plan obligatorio de salud, como quiera que la lógica que subyace a la elaboración del plan de servicios del Fondo del Magisterio es, en líneas generales, la misma que irradia la concepción del Manual de Procedimientos del Régimen General de Seguridad Social en Salud.

En este orden de ideas, el juez constitucional se encuentra facultado para inaplicar las cláusulas de exclusiones y limitaciones del catálogo de servicios del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando encuentre reunidos los requisitos delineados por la jurisprudencia constitucional, para dar aplicación directa a la Constitución Política y amparar el derecho a la salud, bien porque se considere fundamental por tratarse de sujetos de especial protección o porque se encuentre en conexidad con otros derechos de tal naturaleza”.

De acuerdo con lo anterior, las personas vinculadas al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y sus beneficiarios, tienen derecho a acceder a los servicios médicos que “requieren con necesidad” aun cuando no hagan parte de la cobertura de plan de beneficios médicos de dicho Fondo. Para tal efecto, el juez constitucional deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales establecidos en la jurisprudencia constitucional para inaplicar el régimen de exclusiones del POS.

Ahora, con fundamento en las consideraciones hasta aquí expuestas, el despacho abordará el caso concreto

CASO CONCRETO

La señorita LUISA FERNANDA MARTINEZ ARAUJO, a través de su madre, la señora CARMELA SUSANA ARAUJO ESCORCIA, interpuso la presente acción constitucional en contra de la NUEVA EPS y en la que se vinculó a la CLINICA COLOMBIANA DEL RIÑON S.A., con el fin de que le sean protegidos sus derechos fundamentales a la salud y a la vida,

presuntamente por ser vulnerados al autorizar las diálisis en la ciudad de Barranquilla, y no en el Municipio de Sabanalarga, donde reside.

En el caso bajo examen y de acuerdo al material probatorio que obra en el expediente, se observa que la accionante, posee un diagnóstico de Insuficiencia renal crónica, por lo que su médico tratante prescribió la realización de diálisis en las condiciones y cantidades requeridas por la accionante, los cuales fueron autorizadas para realizarlas en Fresenius Medical Care, en la ciudad de Barranquilla, pese a que el Municipio de Sabanalarga cuenta con una institución que presta el mismo servicio y admitido por el mismo Apoderado de la accionada, posee convenio vigente para la realización de las diálisis. Así mismo, tiene la accionante el aval de la Clínica Colombiana del Riñón S.A, quien está en la plena disposición de atender los requerimientos de la accionante, una vez sean autorizadas por la NUEVA EPS. En este orden de ideas, y al no observarse por parte de la accionada, la autorización para la realización de las diálisis requeridas por la accionante, el Despacho ordenará a la NUEVA EPS, a través de su representante legal, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, AUTORICE la realización de las diálisis en las cantidades semanales requeridas por la accionante LUISA FERNANDA MARTINEZ ARAUJO en la CLINICA COLOMBIANA DEL RIÑON S.A., so pena de acarrear a las sanciones a que haya lugar, de conformidad con los artículos: 24, 27, 52 del Decreto 2591 de 1991.

Finalmente, no existiendo orden que dar a la SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL DE SABANALARGA, este Despacho dispondrá su desvinculación del presente trámite de tutela.

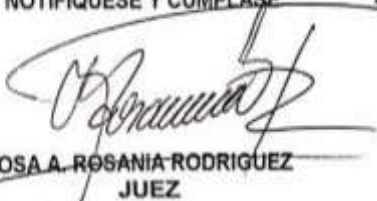
DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO TERCERO PROMISCOU MUNICIPAL ORALIDAD DE SABANALARGA (ATL.), administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida a favor de la señorita LUISA FERNANDA MARTINEZ ARAUJO, quien actuó en el presente asunto representada legalmente por su madre CARMELA SUSANA ARAUJO ESCORCIA, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.
2. ORDENAR a la NUEVA EPS, a través de su representante legal, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, AUTORICE la realización de las diálisis en las cantidades semanales requeridas por la accionante LUISA FERNANDA MARTINEZ ARAUJO, en la CLINICA COLOMBIANA DEL RIÑON S.A., so pena de acarrear a las sanciones a que haya lugar, de conformidad con los artículos: 24, 27, 52 del Decreto 2591 de 1991.
3. Desvincular del presente trámite de tutela, a la SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL DE SABANALARGA, en razón a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.
4. Notifíquese a las partes interesadas por el medio más expedito y eficaz.
5. En firme dicha providencia, si no fuese impugnada dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su notificación de conformidad con el Art. 31 del decreto 2591/91, remítase a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE 2



ROSA A. ROSANIA RODRIGUEZ
JUEZ

Firmado Por:

ROSA AMELIA ROSANIA RODRIGUEZ
JUEZ MUNICIPAL

JUZGADO 003 PROMISCOU MUNICIPAL SABANALARGA

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: **1e88bae64e05cb236284b670cc57eb34fab1375d17e0cf100932e196afcf12fe**

Documento generado en 26/05/2021 05:36:25 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>