



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DEL ATLÁNTICO
JUZGADO TERCERO PROMISCUO MUNICIPAL ORALIDAD
SABANALARGA-ATLÁNTICO.

SIGCMA

Sabanalarga, tres (3) de junio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	ACCIÓN DE TUTELA.
REFERENCIA:	08-638-40-89-003-2021-00209-00.
ACCIONANTE:	NURGEDIS MARÍA ESTRADA OLMOS
ACCIONADO:	SALUDTOTAL EPS

ASUNTO

Se procede a dictar fallo dentro de la acción de tutela promovida por la señora NURGEDIS MARIA ESTRADA OLMOS, en nombre propio, en contra de SALUDTOTAL EPS, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud, integridad física y vida digna, consagrados en nuestra Carta Política.

ANTECEDENTES

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

- Soy un paciente que padezco de INSUFICIENCIA RENAL CRONICA la cual es una enfermedad de carácter permanente que exige la conexión cada día de por medio a una máquina que elimina los residuos tóxicos que mis riñones no pueden efectuar por causa de la enfermedad.
- Como quiera que mi sitio de residencia es el municipio de Sabanalarga (Atlántico) solicité de SALUDTOTAL EPS su colaboración en el sentido de que las TERAPIAS DIALITICAS de las cuales depende mi vida, me fuesen realizadas en este MUNICIPIO en la CLINICA COLOMBIANA DEL RIÑON S.A. y no en la ciudad de BARRANQUILLA, pues me es claro y tengo entendido que la GEOREFERENCIA es uno de los factores que la ley tiene predeterminados como requisito para la asignación de una IPS a un USUARIO de la salud.
- Así las cosas, pese a haber manifestado todo lo aquí expuesto no solo de manera verbal, si no también escrito me han asignado una IPS dializadora en la ciudad de Barraquilla.
- Amén de lo anterior, se suma también a ello señor JUEZ. mi difícil situación económica, MI ESTADO FISICO post-diálisis que se deteriora bastante, generándome un cansancio, que obviamente estando más cerca de residencia se disminuye, pues puedo llegar más rápido a descansar, mejorándose con ello mi calidad de vida.
- Toda esta situación indiscutiblemente, esta contra mi integridad física, mi salud y mi vida, la cual puede ser modificada favorablemente al existir una entidad IPS debidamente acreditada en el Municipio de Sabanalarga cerca de mi residencia que está en condiciones de prestarme los servicios médicos requeridos a mi estado de salud, y no me obligue a recibir las consecuencias de un traslado a otra ciudad que me alteran mis funciones físicas como ya lo he manifestado.

Pretensiones: los expresa la parte accionante así:

... solicito se me tuteles los derechos fundamentales de la integridad física, conexos con la vida, la dignidad humana, la igualdad, el mínimo de derechos y garantías y salud, y el de libertad de escogencia del agente prestador del servicio de salud consagrados en nuestra constitución política. Y consecuencialmente se ordene a mi ente asegurador Salud total EPS que a través de su representante legal, expida las autorizaciones y contrataciones que me permitan poder recibir el tratamiento en la IPS CLINICA COLOMBIANA DEL RIÑON S.A., unidad renal san Rafael de Sabanalarga. Ubicada en la dirección calle 23 No 10 – 98 de Sabanalarga Atlántico.

ACTUACIÓN PROCESAL

La presente acción de tutela una vez revisada y al constarse que reunía los requisitos de ley fue admitida por medio de auto de fecha 20 de mayo de 2021, en el que además se dispuso la vinculación de las SECRETARIAS DE SALUD MUNICIPAL DE SABANALARGA Y DEPARTAMENTAL DEL ATLANTICO, quienes se pronunciaron en los siguientes términos:

La primera en pronunciarse fue la Gobernación del Atlántico, quien informó que revisada la base de datos ADRES, el accionante aparece registrado como afiliado activo a EPS SALUDTOTAL, en el régimen subsidiado, por lo que le corresponde a la E.P.S. garantizar la atención en salud al usuario, y por su parte a la accionante adelantar los trámites pertinentes con las entidades correspondientes. Por tal motivo solicitó ser excluida del presente trámite, por no ser agente vulnerador de los presuntos derechos fundamentales.

Por su parte, la ALCALDIA MUNICIPAL DE SABANALARGA, rindió informe en similares términos a los manifestados por la Gobernación del Atlántico, por lo que solicitó tutelar los derechos invocados por la accionante, en la manera que si SALUD TOTAL ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL REGIMEN CONTRIBUTIVO Y DEL REGIMEN SUBSIDIADO S.A. -CM no tiene convenio alguno con la Clínica Colombiana del Riñón S.A., ubicada en el Municipio de Sabanalarga, la EPS deberá suministrar los gastos de transporte, alojamiento y alimentación, para ella y para el acompañante.

Finalmente, la accionada SALUDTOTAL EPS, rindió informe en el que manifestó que está garantizando la atención en salud requerida, a saber, TRATAMIENTO DE HEMODIALISIS tres veces por semana. Agregó que la CLINICA DEL RIÑÓN ubicada en Sabanalarga, es una IPS NO adscrita a su red de prestadores, por la que el servicio es garantizado en la ciudad de Barranquilla a través de IPS FRESENIUS MEDICAL CARE, para lo cual se encuentran suministrando los transportes al accionante. Por ello, solicitó negar la protección constitucional en razón a la carencia actual de objeto por hecho superado.

Acervo Probatorio:

La parte accionante allegó como pruebas a su tutela, copia de su historia clínica y copia de su cedula de ciudadanía.

Las vinculadas aportaron certificado del ADRES y certificación expedida por el Secretario de Salud Municipal de Sabanalarga, mientras que la accionada acompañó como pruebas a su contestación, las autorizaciones del servicio de transporte terrestre desde el municipio de Sabanalarga, hacia Barranquilla, en donde se realiza las diálisis.

Visto todo lo anterior, procede el Despacho a entrar a decidir el asunto, previas las siguientes

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 aquella 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 los artículos 1 y 10 del Decreto 2591 de 1991, el requisito de **legitimación por activa** se encuentra acreditado, toda vez que la presente acción de tutela es ejercida por la señora NURGEDIS ESTRADA OLMOS, por considerar que SALUDTOTAL EPS le ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud, integridad física y a la vida digna.

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 SALUDTOTAL 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, el cambio de prestador del servicio de salud, data del día 1 de mayo del corriente calendario y el 20 de este mismo mes y año, 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 se 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 señora NURGEDIS requiere para mejorar su calidad de vida, la realización de tres sesiones semanales de diálisis, las cuales estaban siendo suministradas por la EPS accionada, no obstante, la accionante venía sufragando sus gastos de traslado. 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

¿Vulnera o amenaza la parte accionada los derechos fundamentales a la salud, integridad física y a la señora NURGEDIS MARIA ESTRADA OLMOS, al no generar la autorización para la realización de las diálisis en una clínica en el Municipio de Sabanalarga o en Barranquilla siempre y cuando se le suministre el costo de los transportes o por el contrario se configura un hecho superado?

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

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

En cuanto al Derecho Fundamental a la Salud, la Corte Constitucional en Sentencia T-309 de 2018, consideró:

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 2º 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.

Por su parte, la Sentencia T-124 de 2016, de la misma corporación, consagró que:

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.^[19]

4.1. El principio de continuidad, según el numeral 3.21 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993^[20], 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 iniciado^[23] 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 dignidad^[24].

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”²⁵¹.

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”²⁵².

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.

No obstante, la Corte Constitucional, en Sentencia T-163 de 2018, sostuvo lo siguiente frente a la libertad de elección de prestadores de salud por parte de los usuarios:

3.6 El numeral 4 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 y el literal h) del artículo 6 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 se ocupan de la libertad del usuario en la elección o escogencia entre entidades promotoras de salud e instituciones prestadoras de servicios de salud.

3.6.1. Sobre el particular, esta Corporación se ha pronunciado de manera reiterada con respecto a la libertad de escogencia de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, entendida como “principio rector del SGSSS, característica del mismo y un derecho para el afiliado, lo que configura correlativamente un mandato y deber de acatamiento para las Empresas Promotoras de Salud”.

3.6.2. Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática al señalar que la libertad antes mencionada no es absoluta y depende de las condiciones de oferta y servicio.

Adicional a lo anterior, la misma alta Corporación ha sido reiterativa en afirmar que los ciudadanos son libres de elegir la EPS a la cual desean afiliarse; no así ocurre con las IPS en las que se le presta la atención, las cuales son a criterio de la EPS, de acuerdo a los convenios interadministrativos que entre EPS e IPSs, se suscriban. Así pues, la vulneración del derecho fundamental debe considerarse teniendo en cuenta la posibilidad y alcance de la prestación de los servicios de salud, pues el cumplimiento del deber legal de lo que para el usuario es brindar una óptima prestación de servicios, tiene sus límites en la libertad de elección de las IPS y los convenios que con estas, tienen las EPSS.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO

Ahora, con fundamento en las consideraciones hasta aquí expuestas, el despacho abordará el caso concreto. Por otro lado, la Sentencia T-085 de 2019, con relación a la Carencia Actual de Objeto por Hecho Superado, estableció:

3.4. CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO

3.4.1. La jurisprudencia de esta Corporación, en reiteradas oportunidades, ha señalado que la carencia actual de objeto sobreviene cuando frente a la petición de amparo, la orden del juez de tutela no tendría efecto alguno o “caería en el vacío”. Al respecto se ha establecido que esta figura procesal, por regla general, se presenta en aquellos casos en que tiene lugar un daño consumado o un hecho superado.

3.4.2. El hecho superado tiene ocurrencia cuando lo pretendido a través de la acción de tutela se satisface y desaparece la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados por el demandante, de suerte que la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua y, por lo tanto, contraria al objetivo de protección previsto para el amparo constitucional. En este supuesto, no es perentorio incluir en el fallo un análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales cuya protección se demanda, salvo “si considera que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, [ya sea] para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes, si así lo considera. De otro lado, lo que sí resulta ineludible en estos casos, es que la providencia judicial incluya la demostración de la reparación del derecho antes del momento del fallo. Esto es, que se demuestre el hecho superado”.

3.4.3. Precisamente, en la Sentencia T-045 de 2008, se establecieron los siguientes criterios para determinar si, en un caso concreto, se está o no en presencia de un hecho superado, a saber:

“1. Que con anterioridad a la interposición de la acción exista un hecho o se carezca de una determinada prestación que viole o amenace violar un derecho fundamental del accionante o de aquél en cuyo favor se actúa.

2. Que durante el trámite de la acción de tutela el hecho que dio origen a la acción que generó la vulneración o amenaza haya cesado.

3. Si lo que se pretende por medio de la acción de tutela es el suministro de una prestación y, dentro del trámite de dicha acción se satisface ésta, también se puede considerar que existe un hecho superado.”

3.4.4. En el asunto bajo examen, la Corte pudo constatar que durante el trámite de la acción de tutela cesó la conducta que dio origen al presente amparo constitucional y que fundamentó la pretensión invocada. En efecto, como se infiere de la respuesta enviada a esta Corporación por parte de la UARIV, al señor Wilson Luna Pabón y a su núcleo familiar se le realizó el proceso de caracterización; aunque vale decir que este no tuvo lugar dentro de los 60 días anunciados por la entidad en su respuesta, pues entre el 27 de junio (fecha de la respuesta) y el 1 de octubre de 2017 (fecha de la caracterización) pasaron más de tres meses. Además, posteriormente, se le reconoció y pagó el monto de la ayuda humanitaria de emergencia, tal como la UARIV lo afirmó en su respuesta y el propio actor lo confirmó mediante llamada telefónica. En este orden de ideas, se encuentra satisfecha la pretensión que motivó el presente amparo constitucional. Luego, al desaparecer las causas que motivaron la interposición de la presente acción, en criterio de este Tribunal, no solo carece de objeto examinar si los derechos invocados por el accionante fueron vulnerados, sino también proferir órdenes de protección, pues no se trata de un asunto que plantee la necesidad de formular observaciones especiales sobre la materia.

Lo anterior implica que sobre esta acción ha operado el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado, pues durante el transcurso de la acción de tutela desaparecieron los motivos que dieron origen a la solicitud de amparo, siendo innecesario que se formulen observaciones especiales sobre la materia o que se profiera una orden de protección. En consecuencia, se revocará el fallo de instancia y, en su lugar, se declarará la carencia actual de objeto por hecho superado.

De las consideraciones anteriormente expuestas en esta providencia, y teniendo en cuenta que se encuentran acreditados los requisitos generales de procedencia de la acción de amparo, en el caso bajo estudio es necesario verificar si se encuentran vulnerados los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida.

CASO CONCRETO

Pues bien, sintetizando los hechos de la presente acción constitucional de tutela, tiene el despacho que la señora NURGEDIS MARIA ESTRADA OLMOS, padece de insuficiencia renal crónica por lo que debe dializarse tres veces por semana. Además, que la EPS SALUD TOTAL, autorizó las diálisis en la ciudad de Barranquilla, no obstante, la accionante continuaba sufragando correspondientes para el traslado hasta sus terapias.

Pues bien, la Ley 1751 del 16 de febrero de 2015, ha conceptuado que el derecho a la salud, incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados: Disponibilidad, Aceptabilidad, Accesibilidad, Calidad e idoneidad profesional. Así mismo, el derecho fundamental a la salud comporta los siguientes principios: Universalidad, Pro homine, Equidad, Continuidad, Oportunidad, Prevalencia de derechos, Progresividad del derecho, Libre elección, Sostenibilidad, Solidaridad, Eficiencia, entre otros. Sin embargo, los principios enunciados, se deberán interpretar de manera armónica sin privilegiar alguno de ellos sobre los demás, e indica que lo anterior no obsta para que sean adoptadas acciones afirmativas en beneficio de sujetos de especial protección constitucional como la

promoción del interés superior de las niñas, niños y mujeres en estado de embarazo y personas de escasos recursos, grupos vulnerables y sujetos de especial protección.

Por su parte, la Ley 1251 de 2018, en su artículo 6 establece que son deberes del Estado garantizar y hacer efectivos los derechos del adulto mayor, proteger y restablecer los derechos de los adultos mayores cuando estos han sido vulnerados o menguados, asegurar la adopción de planes, políticas y proyectos para el adulto mayor, eliminar toda forma de discriminación, maltrato, abuso y violencia sobre los adultos mayores, promover campañas que sensibilicen a los profesionales en salud y al público en general sobre las formas de abandono, abuso y violencia contra los adultos mayores, estableciendo servicios para las víctimas de malos tratos y procedimientos de rehabilitación para quienes los cometen, y desarrollar actividades tendientes a mejorar las condiciones de vida y mitigar las condiciones de vulnerabilidad de los adultos mayores que están aislados o marginados, entre otras.

No obstante, y según el dicho propio de la accionante, la entidad accionada ha autorizado su tratamiento, lo cual confirma que la accionante tiene acceso a su sistema integral de salud. Empero, la prestación del servicio se da en una IPS que no se encuentre cercana a su domicilio, lo que la expone a fatiga, además del elevado costo que debe asumir para su traslado y el de su acompañante, el cual se hace necesario en razón a las condiciones en que termina, luego de la diálisis. A pesar de lo anterior, el despacho no puede escapar a las consideraciones de la Corte Constitucional, máximo garante de la Constitución Nacional, en relación a las limitaciones que tiene la libertad de elección a que hace referencia la Ley 1751 del 2015.

El Despacho en aras de garantizar la efectiva prestación de los servicios de salud a la accionante, trae a colación lo establecido en el artículo 122 de la Resolución No. 3512 del 26 de diciembre de 2019, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, el cual consigna lo siguiente:

El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia para acceder a una atención financiada con recursos de la UPC, no disponible en el lugar de residencia del afiliado, será financiado en los municipios o corregimientos con la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica.

Parágrafo. Las EPS o las entidades que hagan sus veces igualmente deberán pagar el transporte del paciente ambulatorio cuando el usuario deba trasladarse a un municipio distinto al de su residencia para recibir los servicios mencionados en el artículo 10 de este acto administrativo o cuando existiendo estos en su municipio de residencia, la EPS o la entidad que llaga sus veces no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios. Esto aplica independientemente de si en el municipio la EPS o la entidad que haga sus veces recibe o no una UPC diferencial.

De lo ya considerado, concluye el Despacho que en el trámite de esta acción, se acreditó por parte de la accionada SALUDTOTAL EPS, a través de su representante Legal, la doctora DIDIER ESTHER NAVAS ALTAHONA, no solo la autorización de las terapias dialíticas requeridas por el accionante, sino el transporte a la accionante, por lo que el Despacho concluye que la accionada ha cesado la conducta vulneradora de los derechos fundamentales del accionante, por lo que denegará la protección de los derechos reclamados por el actor.

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. NEGAR por carencia actual de objeto por hecho superado, el amparo de los derechos fundamentales reclamados por el accionante NURGEDIS ESTRADA OLMOS, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.
2. Notifíquese a las partes interesadas por el medio más expedito y eficaz.

3. 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 de 1991, remítase a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



ROSAMARIA ROSANIA RODRIGUEZ
JUEZ

Firmado Por:

ROSA AMELIA ROSANIA RODRIGUEZ
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 003 PROMISCUO 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: **8a6df55e5d5e8063b0f4f5e3cfae91bdb53dc9871df84fe269440de31b9fd6a9**

Documento generado en 04/06/2021 08:40:11 AM

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