REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICAL DEL PODER PÚBLICO
DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
JUZGADO PRIMERO PROMISCUO MUNICIPAL
AGUSTÍN CODAZZI – CESAR
J01prmpalcodazzi@cendoj.ramajudicial.gov.co
Calle 18 No. 13-07 Barrio Machiques. Tel: 035-5766077

Agustín Codazzi – Cesar, Diciembre Nueve (9) de Dos Mil Veintidós (2.022).

REF: Acción de Tutela promovida por el señor ELKIN ARMANDO RIVERO PORTILO, en contra de FAMISANAR EPS. Radicación No: 200134089001-2022-00450-00.

ASUNTO A TRATAR.

Aborda el Despacho la labor de proferir la decisión de fondo que en derecho corresponda dentro de la presente Acción de Tutela promovida por el señor ELKIN ARMANDO RIVERO PORTILO, en contra de FAMISANAR EPS, en defensa de sus Derechos Fundamentales a la Vida y Seguridad Social en Salud, consagrados en los artículos 1, 11, 48 y 49 de la Constitución Política, y en virtud de ello solicita a esta Casa Judicial, se ordene a la entidad accionada, lo siguiente: **a).** _ Que se autorice la Resección de Tumor de Línea Media Supratentorial por Craneotomía y Oclusión Pinzamiento o Ligadura de Vasos Intracraneales sea realizado en el Institución Nacional de Cancerología en la cuidad de Bogotá D.C. con el doctor Pedro José Penagos González **b).** _ Autorizar los viáticos para poder trasladarse, junto a un acompañante al Instituto Nacional de Cancerología en la Cuidad de Bogotá D.C. posterior cirugía de resección de dicho tumor o lesiones encontradas, post operatorio y rehabilitación con los medicamentos, insumos procedimientos de rehabilitación requeridos y que si el fallo es posterior a la cita que se sirvan de realizar la devolución de los recursos.

Finca la accionante su solicitud en los hechos relacionados en la misma, los cuales podemos enunciar de la siguiente manera:

- Que presenta un Trauma Craneoencefálico sin pérdida de conciencia en Octubre de 2021 desde el cual, luego de un tiempo nota una protuberancia en la parte superior de la cabeza.
- Que en la presente anualidad en algunas ocasiones ha presentado episodios relacionados con convulsiones y cefaleas intensas lo cual ha conllevado a dirigirse a urgencias y según los médicos se evidencia que es producto de la lesión presentada.
- Que según las últimas atenciones por control con Neurocirugía ha dispuesto que debe realizarse la resección inmediata y que todos los exámenes ordenados han sido prioritarios toda vez que es preocupante según criterio medico las características de la sesión y su crecimiento acelerado.
- Que existe orden de Resección de Tumor de Línea Media Supratentorial por Craneotomía y Oclusión, Pinzamiento o Ligadura de Vasos Intracraneales emitida por el Neurocirujano Juan Sebastián Davidson Córdoba, adscrito a la eps en mención, resalta que su cirugía es de nivel IV y que debe ser realizado en autoridad en materia como lo es el Instituto Nacional de Cancerología, puesto que un mal procedimiento lo puede dejar cuadripléjico o con lesión irreparables.
- Que debido a la gravedad de mi lesión, el gran riesgo de la cirugía y por salvaguardar mi integridad y mi vida he considerado pertinente que mi cirugía sea realizada por una autoridad en la materia como lo es el INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA, y más especialmente que dicha recesión y control post operatorio sea realizado con el doctor Pedro José Penagos González el cual es un profesional en Neuro Oncología cuenta con más de 30 años de experiencia, que con grades sacrificios económicos y con dinero prestado agendó una cita de manera particular para el día 05 de Diciembre de 2022 con tal profesional, para agilizar su proceso
- Que al realizar un análisis de red de prestadores de la EPS FAMISANAR puede evidenciar que posee convenio con el Instituto Nacional de Cancerología, lo cual

facilitaría y mas especialmente que dicha recesión y post operatorio sea realizado con el doctor PEDRO JOSÉ PENAGOS GONZÁLEZ

- Adicional a lo anterior manifiesta que no posee los recursos suficientes para costear sus gastos o los de su acompañante para poder trasladarse a tal atención en la cuidad de Bogotá.

La accionante aportó como pruebas de sus asertos, las siguientes: **a).** _ Copia de la cedula de ciudadanía. **b).** _ Copia de la historia clínica junto con todas las ordenes medicas de la eps **c).** _ Copia de contestación de requerimiento presentado a la EPS FAMISANAR la contestación no de fondo de dicha eps.

Por venir en legal forma la solicitud fue admitida mediante auto adiado 25 de Noviembre del cursante año, requiriéndose a la entidad accionada FAMISANAR EPS, para que en el término de Dos (2) días contados a partir de la fecha de la notificación del auto admisorio, se sirviera rendir un informe sobre los hechos planteados por el peticionario.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIONADA.

FAMISANAR EPS: Mediante escrito radicado vía correo electrónico en este Despacho, la doctora JESSICA LARA PEDRAZA en su aludida condición de Gerente Técnica en Salud Regional del Norte FAMISANAR EPS, señala que, al señor ELKIN RIVERO PORTILLO se le han autorizado todos los servicios que ha requerido conforme a su patología, y que para el caso en concreto el afiliado cuenta con autorización de servicio N° (POS) 267-94013423 RESECCION DE LESION O TUMOR DE LINEA MEDIA SUPRATENTORIAL POR CRANEOTOMIA y CIERRE, PINZAMIENTO O LIGADURA DE VASOS INTRACRANEALES VIA ABIERTA la cual fue direccionada a su prestador CLINICA DEL CESAR S.A, en la ciudad de Valledupar, así como consulta de primera vez por especialista en Neurocirugía con autorización de servicio N° (POS) 267-94013421 direccionada a la misma IPS, la cual es una Institución Prestadora del Servicio en Salud debidamente Habilitada en la ciudad de Valledupar, la cual cuenta con la infraestructura, y profesionales médicos requeridos, para la atención adecuada de la patología de afiliado, siendo prioridad por parte de esta entidad, remitir a sus afiliados a la red de servicio local de la EPS.

Agrega que, que en ningún momento se le ha negado ningún servicio al usuario, y resalta que la CLINICA DEL CESAR S.A se encuentra AUTORIZADA Y HABILITADA REGLAMENTARIAMENTE POR EL MINISTERIO DE SALUD y a su vez cuentan con los profesionales idóneos altamente calificados, respaldados con la infraestructura y equipo tecnológico necesarios para garantizar la atención del servicio de salud, e indica que el afiliado no cuenta con remisión al INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA.

Una vez enunciados los antecedentes del caso y habiendo sido relacionado el acervo probatorio acopiado, procederemos a adoptar la decisión de fondo que en estricto derecho corresponda, previas las siguientes...

CONSIDERACIONES

1._Competencia.

Para esta casa judicial es claro que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto – Ley 2591 de 1991 y artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, la competencia para conocer de la presente acción tutela recae en este despacho.

2._Legitimación de las partes.

El señor ELKIN ARMANDO RIVERO PORTILLO, por ser la persona afectada con los presuntos actos omisivos de la entidad accionada se encuentra legitimado para incoar la presente acción de tutela; mientras que FAMISANAR EPS, por ser la entidad a la cual el accionante le atribuye los actos omisivos que presuntamente vulneran sus derechos fundamentales, reúne los presupuestos de legitimidad para comparecer en calidad de accionada, dentro de este trámite tutelar.

3._ Problema jurídico y esquema de resolución.

De acuerdo con la situación fáctica planteada corresponde a este despacho determinar los siguientes aspectos: *i).*_ La procedencia de la acción, y, *ii)* En el evento de que la acción sea procedente, establecer si la entidad accionada FAMISANAR EPS, al no autorizar que el procedimiento de Resección de Tumor de Línea Media Supratentorial por Craneotomía y Oclusión Pinzamiento o Ligadura de Vasos Intracraneales sea realizado en la Institución Nacional de Cancerología en la cuidad de Bogotá D.C. con el doctor Pedro José Penagos González, vulnera los derechos cuya protección es deprecada por el accionante y de ser así, adoptar las medidas necesarias para su protección.

Para resolver los problemas jurídicos planteados, esta casa judicial procederá de la siguiente manera. (1)._ Se determinará inicialmente la procedencia de la acción. (2)._ Se referirá a los derechos fundamentales cuya protección se impetra. (3)._ Se referirá al Régimen Legal y Jurisprudencia Constitucional sobre la prestación por parte de las E.P.S.s de los servicios respecto al Sistema de Seguridad Social en Salud, que se encuentren dentro o fuera del Plan Obligatorio de Salud. (4). _ Se referirá al principio de libre escogencia de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud IPS en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. 5)._ Se abordará el caso concreto.

3.1._ Procedencia.

La acción de tutela es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales, de carácter preferente y residual, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y en algunos casos por particulares cuando estos se encuentren en alguna de las siguientes condiciones: a)._ Cuando cumplan funciones públicas o que estén encargadas de la prestación de un servicio público. b)._ Cuando sus acciones u omisiones afecten grave y directamente el interés colectivo; y c)._ Cuando el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión respecto al particular. Se quiso limitar la procedencia de esta acción a la inexistencia de otro medio de defensa judicial de igual eficacia para la protección del derecho, o que habiéndolo este no resulte eficaz en consideración a la situación particular que afronta el actor; o que se utilice como mecanismo de carácter transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En razón de lo anterior Nuestra Carta Política en su artículo 86 dispone:

> *"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 en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública".*

Se le quiso dar a esta herramienta constitucional un efecto inmediato y subsidiario al limitar su procedencia a la inexistencia de otro medio de defensa judicial de igual eficacia para la protección del derecho, o que, habiéndolo, esta se utilice como mecanismo de carácter transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Quiere lo anterior significar que la acción de tutela es un mecanismo judicial de protección de los derechos fundamentales que procede *i).*_ Cuando el afectado no dispone de otro instrumento para su restablecimiento, *ii).*_ En caso de que el previsto no resulte eficaz, en consideración a la situación particular que afronta el actor y *iii).*_ Siempre que la intervención transitoria del juez de amparo resulte necesaria, para evitar o al menos mitigar un perjuicio irremediable. En el caso bajo estudio el Despacho no observa la existencia de otro medio eficaz de defensa que le permita al accionante obtener la protección del derecho presuntamente vulnerado, por lo tanto es factible pregonar de la acción incoada, su procedencia.

3.2._ Derechos cuya protección se invoca.

3.2.1._ Derecho a la Vida._ Como quiera que dentro de los Derechos Fundamentales cuya protección se impetra se encuentra precisamente el derecho a la vida, es procedente señalar que esta garantía entraña no solo la obligación del Estado y de los particulares de preservar la existencia de la persona humana, sino, que encierra además el imperativo deber de asegurar que esa existencia que se busca preservar, se encuentre rodeada de las

condiciones mínimas para que se ajuste a los requerimientos por lo menos indispensables para satisfacer las necesidades generadas en razón, precisamente del hecho de existir, en condiciones de dignidad, entendida esta como un derecho fundamental cuyos titulares son únicamente las personas humanas, y que tiene un triple objeto de protección: i)._ La Autonomía Individual, ii)._ Las condiciones materiales para el logro de una Vida Digna, y iii)._ La Integridad Física y Moral que resulte necesaria para lograr la inclusión social de una persona excluida o marginada. En resumen, lo que protege el derecho a la Dignidad Humana es el derecho a vivir como se quiera, el derecho a tener una Vida Digna, y el derecho a vivir sin humillaciones. (Sent. T-881/02).

Ya sobre el mismo tópico había precisado el Alto Tribunal, en sentencia T-395 de 1.998, con ponencia del Doctor, Alejandro Martínez Caballero, lo siguiente:

"(..) Lo que pretende la jurisprudencia es entonces respetar un concepto de vida no limitado a la restrictiva idea de peligro de muerte, ni a la simple vida biológica, sino a consolidar un sentido más amplio de la existencia que se ate a las dimensiones de dignidad y decoro. Lo que se busca con dicha noción es preservar la situación existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad, ya que, al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable, en la medida de lo posible (..)."

3.2.2._ El carácter fundamental del Derecho a la Seguridad Social.

En lo que atañe al derecho a la Salud y a la Seguridad Social, La Constitución Política consagra, en su artículo 49, a la salud como un derecho Constitucional y un Servicio Público de carácter esencial. De este modo, le impone al Estado la obligación de garantizar a todas las personas la atención que requieran. Asimismo, consagra la potestad que tienen las personas de exigir el acceso a los programas de Promoción, Protección y Recuperación. A partir de dicha disposición, la Corte Constitucional ha reconocido, en reiterada jurisprudencia, que el derecho a la salud es fundamental y *"comprende toda una gama de facilidades, bienes y servicios que hacen posible, de acuerdo al mandato contenido en diversos instrumentos internacionales, el imperativo de garantizar el nivel más alto posible de salud.*

En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 25, estableció:

"1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su Familia, la Salud y el Bienestar, y en especial la Alimentación, el Vestido, la Vivienda, la Asistencia Médica y los Servicios Sociales Necesarios (...)."

Igualmente, la Observación General 14 adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el año 2000 expuso que el concepto de salud no se limitaba al derecho a estar sano ya que éste debe atender las condiciones biológicas y socioeconómicas de la persona, y los recursos con los que cuenta el Estado.

Respecto del Principio de Integralidad ha indicado que se encuentra consignado en el numeral 3° del artículo 153 y el literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993 y que impone la prestación médica continua, "la cual debe ser comprensiva de todos los servicios requeridos para recuperar la salud. De igual manera ha sostenido que:

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

Ahora bien, en los casos que el galeno tratante no establezca el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del Derecho a la Salud, "la protección de este derecho conlleva para el Juez constitucional la necesidad de hacer determinable la orden en el evento

de conceder el amparo, por ejemplo, (i) mediante la descripción clara de una(s) determinada(s) patología(s) o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable. de este modo, el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del Juez o Jueza de tutela, ya que no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas. Precisamente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dispuesto que tratándose de: "(i) *sujetos de especial protección constitucional (menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros)"* y de (ii) *"personas que padezcan enfermedades catastróficas (sida, cáncer, entre otras), se debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios*".

Así las cosas, esa Corporación ha establecido que la acción de tutela es procedente para proteger el suministro de los servicios médicos que se requieren con necesidad, es decir, aquellos *"indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad"* de forma que se *"garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona.* Es necesario resaltar que esta obligación resulta prioritaria para el caso de las personas que son más vulnerables por sus condiciones físicas (niños y adultos mayores) o enfermos mentales. (Sent. T-036/13).

En este orden de ideas conviene recordar que el derecho a la seguridad social fue definido por el artículo 48 de la Constitución Política como "*un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley"*, obligándose el Estado a *garantizar a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social".*

Respecto de su carácter fundamental, la Corte ha reconocido que la satisfacción de su contenido, esto es, del Derecho a la Pensión y a la Salud, implica el goce de las demás libertades del texto constitucional, la materialización del principio de la Dignidad Humana y la primacía de los derechos fundamentales. Empero, el carácter fundamental del Derecho a la Seguridad Social no es suficiente para que proceda su amparo por medio de la Acción Constitucional de Tutela. Para ello es necesario que se cumplan los requisitos previstos en los niveles legislativos y reglamentarios dispuestos para su satisfacción, por cuanto *"algunas veces es necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación".*

Así, es una obligación del Estado garantizar el Derecho Irrenunciable a la Seguridad Social de acuerdo con las normas que lo regulan, por cuanto éstas son las que determinan específicamente las prestaciones exigibles y la forma de acceder a las mismas. deber que correlativamente genera el derecho a los ciudadanos de exigir su cumplimiento en caso de vulneración o amenaza por medio de la Acción Constitucional de Tutela.

La Salud en la Constitución Política es definida, entre otras calificaciones, como un servicio público a cargo del Estado, un deber del ciudadano de procurar el propio cuidado integral, una garantía a todas las personas al acceso a los servicios de Promoción, Protección y Recuperación (artículo 49), un derecho fundamental de los niños (artículo 44), un servicio garantizado a las personas de la tercera edad (artículo 46), una prestación especializada para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (artículo 47), un bien constitucionalmente protegido en la comercialización de cosas y servicios (artículo 78) y un valor que se debe proteger respecto de toda persona conforme al principio de solidaridad social (artículo 95), de este modo, la salud constituye un pilar fundamental en el ordenamiento constitucional y ha sido reconocido por esa Corporación como un derecho fundamental susceptible de amparo por medio de la acción constitucional de tutela. El carácter fundamental del derecho a la salud radica en que al ser el individuo el centro de la actuación estatal y por ende al generarse frente al Estado la obligación de satisfacción y garantía de los bienes que promuevan su bienestar, la protección del derecho a la salud se constituye en una

manifestación de bienestar del ser humano y por ende en una obligación por parte del Estado. Del mismo modo, el carácter fundamental del derecho a la salud se deriva al constituir su satisfacción un presupuesto para la garantía de otros derechos de rango fundamental. (Subrayas y negrillas ajenas al texto original).

3.2.3. El derecho fundamental a la salud

El derecho a la salud es es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable y un servicio público a cargo del Estado, el cual debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad, a todas las personas, siguiendo el principio de solidaridad, eficiencia y universalidad. Se encuentra regulado principalmente en los artículos 48 y 49 Superior, en la Ley Estatuaria Ley 1751 de 2015 y en las Leyes 100 de 1993, 1122 de 2007 y 1438 de 2011.

Según la Ley Estatutaria 1751 de 2015, artículo 6º, dicha garantía constitucional comprende diferentes elementos y principios que guían la prestación del servicio, entre estos, los de accesibilidad, según el cual los servicios prestados deben ser accesibles física y económicamente para todos en condiciones de igualdad y sin discriminación (Literal c); continuidad, implica que una vez se haya iniciado la prestación de un servicio, "*este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas*" (Literal d);y oportunidad, que exige la no dilación en el tratamiento (Literal e).

3.3. _ Normatividad legal y jurisprudencia constitucional sobre la prestación por parte de las EPS de los servicios respecto al Sistema de Seguridad Social en Salud, que se encuentren dentro o fuera del Plan Obligatorio de Salud.

El acceso a la Seguridad Social y a la Salud, es un derecho y a la vez es un servicio público que goza de especial protección por parte del Estado y es por ello que Nuestra Constitución Política en su artículo 48 dispone: "*La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se protestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley". "Se garantizará a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...)*"

La misma Carta Fundamental, señala en su artículo 49: "*La atención de la Salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (...)".*

La Ley ha sido consecuente con este precepto constitucional, y es así como en desarrollo de éste fue expedida la Ley 100 de 1.993 que en sus artículos 3° y 4°, predica:

"*(...) DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL. El Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional, el derecho irrenunciable a la seguridad social. Este servicio será prestado por el Sistema de Seguridad Social Integral, en orden a la ampliación progresiva de la cobertura a todos los sectores de la población, en los términos establecidos por la presente ley (...)*".

"*(...) DEL SERVICIO PÚBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL. La Seguridad Social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control esta a cargo del Estado y que será prestado por las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones establecidos en la presente ley. Este servicio público es esencial en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud (...)".*

En su artículo 7° precisa:

"*(...) ÁMBITO DE ACCIÓN. El Sistema de Seguridad Social Integral garantiza el cubrimiento de las contingencias económicas y de salud, y la prestación de servicios sociales complementarios, en los términos y bajo las modalidades previstos por esta ley (...)"..*

De igual manera en su artículo 159 impone a las EPS la obligación de garantizar a sus afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud la debida organización y prestación del servicio de salud, en los siguientes términos*:* "*1._ La atención de los servicios del Plan Obligatorio de Salud del artículo 162, por parte de la Entidad Promotora de Salud Respectiva a través de las Instituciones Prestadoras de Servicios adscritos ..... 2._ ... (...)".* La

norma en comento, en su artículo 162 consagra los parámetros del Plan Obligatorio de Salud, de la siguiente manera:

"(...) PLAN DE SALUD OBLIGATORIO. El Sistema General de Seguridad Social de Salud crea las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001. Este Plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan (...).

"(...) Para los afiliados cotizantes según las normas del régimen contributivo, el contenido del Plan Obligatorio de Salud que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en salud será el contemplado por el decreto-ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones, incluyendo la provisión de medicamentos esenciales en su presentación genérica. Para los otros beneficiarios de la familia del cotizante, el Plan Obligatorio de Salud será similar al anterior, pero en su financiación concurrirán los pagos moderadores, especialmente en el primer nivel de atención, en los términos del artículo de la presente Ley (...).

Para los afiliados según las normas del régimen subsidiado, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud diseñará un programa para que sus beneficiarios alcancen el Plan Obligatorio del Sistema Contributivo, en forma progresiva antes del año 2.001. En su punto de partida, el plan incluirá servicios de salud del primer nivel por un valor equivalente al 50% de la unidad de pago por capitación del sistema contributivo. Los servicios del segundo y tercer nivel se incorporarán progresivamente al plan de acuerdo con su aporte a los años de vida saludables (...)".

Se desprende entonces de la normatividad consultada que las EPS, se encuentran en la obligación de garantizarle a sus afiliados el acceso al servicio público de la Seguridad Social en Salud, el cual, además, conforme al precedente jurisprudencial de la Corte adquiere la connotación de un derecho fundamental autónomo, para lo cual ha de suministrar a sus afiliados los servicios que se encuentren dentro del Plan Obligatorio de Salud, sin la necesidad de trámites especiales o complejos. Servicios estos que contemplan, entre otros, el suministro de medicamentos, procedimientos, hospitalización, exámenes, tratamientos y toda la atención que estos requieran para atender y tratar la patología que padezcan, a fin de superarla o minimizar sus efectos. En lo que atañe a los casos en los cuales las EPS niegan a una persona determinado tratamiento, procedimiento, implemento médico o un medicamento específico por no encontrarse incluido en el Plan Obligatorio de Salud (POS), la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en reiteradas oportunidades, ha considerado que la acción de tutela procederá si se reúnen las siguientes condiciones: a)._ Que la falta del tratamiento, implemento, procedimiento o medicamento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos fundamentales a La Vida, a la Integridad o a la Dignidad del interesado. b)._ Que no exista un medicamento, tratamiento o procedimiento sustituto o que, existiendo este, no obtenga el mismo nivel de efectividad para proteger los derechos fundamentales comprometidos. c)._ Que el paciente se encuentre en incapacidad real de sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido. d)._ Que el paciente se encuentre imposibilitado para acceder al tratamiento, procedimiento, implemento o medicamento a través de cualquier otro sistema o plan de salud; y e)._ Que el tratamiento o medicamento hubiere sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante. "(...) *Excepcionalmente la tutela puede ser concedida, si la prescripción la hizo un médico particular, cuando debido a procedimientos administrativos de la ARS o EPS se vulneró el derecho al diagnóstico y el usuario tuvo que acudir a un médico externo (...)".* (Sent. T-835/05). (Negrillas y subrayas ajenas al texto original).

3.4. El Principio de libre escogencia de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud IPS en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En desarrollo de los postulados constitucionales consagrados en los artículos 48 y 49 de la Carta Política, en cuanto a la consagración de la seguridad social como servicio público de carácter obligatorio, que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que

establezca la ley, y la garantía de todas las personas al acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, el Legislador fijó por objeto del Sistema de Seguridad Social Integral, garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante las contingencias que la afecten; y, de manera particular en materia de salud, regular el servicio y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención.

Con observancia en tales postulados constitucionales, la Ley 100 de 1993 introdujo como uno de los principios rectores del Sistema el de "libre escogencia", previsto en el artículo 153 en los siguientes términos:

> "(...)4. Libre escogencia. El Sistema General de Seguridad Social en Salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acogedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta Ley." (Subrayado fuera del texto).

En el artículo 156 y en el artículo 159 de la Ley 100 de 1993, también se consagra que los afiliados al sistema tienen derecho de escoger *"las instituciones prestadoras de servicios y/o los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la Entidad Promotora de Salud, dentro de las opciones por ellas ofrecidas."*

Así entonces, el derecho de "libre escogencia", además de una característica del Sistema General de Seguridad Social en Salud constituye una garantía para los afiliados. Sobre el particular, en la sentencia T-436 de 2004, MP. Clara Inés Vargas Hernández, la Sala Novena de Revisión consideró que el derecho de la libre escogencia es un elemento que goza de una amplia connotación, pues es a la vez *"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".*

En relación con el derecho a la libre escogencia de la entidad que presta el servicio de salud, en Sentencia T-010 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Sala Tercera de Revisión consideró,

> *"2.4. El derecho de toda persona a escoger libremente las entidades encargadas de garantizarle el servicio de salud, también es la forma en que el legislador cumple con el mandato constitucional de crear un sistema de salud eficiente y de calidad. En el contexto de un Sistema de Salud basado en la libre competencia regulada entre las entidades que lo integran y ofrecen sus servicios, tal como lo es el sistema consagrado en la Ley 100 de 1993, reconocer en cabeza de todas las personas la libertad de elegir a qué entidad afiliarse es una forma de garantizar su dignidad (en el sentido de autonomía) y de asegurar que los dineros y demás recursos con que cuente el sistema, se destinarán a las entidades que mejor garanticen la prestación de los servicios de salud.*
>
> *"2.5. La importancia de esta libertad para el sistema de salud desarrollado por el Legislador, se evidencia en las disposiciones legales orientadas a asegurar la libertad de elección. En el artículo 159 de la Ley 100 de 1993, por ejemplo, se establecen entre las garantías de los afiliados, (a) "la libre escogencia y traslado entre Entidades Promotoras de Salud, sea la modalidad de afiliación individual o colectiva, de conformidad con los procedimientos, tiempos, límites y efectos que determine el Gobierno Nacional dentro de las condiciones previstas en esta Ley" y (b) "la escogencia de las Instituciones Prestadoras de Servicios y de los profesionales entre las opciones que cada Entidad Promotora de Salud ofrezca dentro de su red de servicios." La propia norma en la que se consagra el principio de libre escogencia contempla las sanciones del artículo 230 de la Ley 100 de 1993 como consecuencia jurídica del incumplimiento*
>
> *2.6. Ahora bien, como cualquier otro derecho que se garantice en un estado social y democrático de derecho, no se trata de una garantía absoluta. La propia legislación establece que toda persona tiene la libertad de escogencia en el Sistema de Salud, siempre y cuando ello "sea posible según las condiciones de*

oferta de servicios". Estas condiciones de oferta del servicio se encuentran limitadas en dos sentidos, en términos normativos por la regulación aplicable y en términos prácticos por las condiciones materiales de recursos y entidades existentes.

En consecuencia, el derecho de "libre escogencia" comporta una garantía conexa para asegurar el derecho fundamental de acceso a la Seguridad Social, y para permitir que este último se materialice en una prestación regular, continua, oportuna y eficiente de los servicios médicos que requieran los afiliados y que se encuentren incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Garantía que de no cumplirse supone el riesgo de imposición de las sanciones previstas en el artículo 230 de la mencionada Ley 100 de 1993.

Con todo, el derecho a la libre escogencia de IPS no tiene carácter absoluto en nuestro Estado Social de Derecho, pues si bien el afiliado al SGSSS puede escoger la institución prestadora del servicio de salud, la misma debe ser elegida dentro de las opciones ofrecidas por la respectiva EPS, esto es, las IPS que exista contrato o convenio vigente. En efecto, el artículo 178 de la Ley 100 de 1993 establece que las entidades promotoras de salud tienen entre sus funciones *"Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las Instituciones Prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia."* (Subrayado por fuera del texto).

Así pues, las entidades promotoras de salud deben garantizar a los afiliados la posibilidad de escoger la entidad que se encargará de la prestación de los servicios que integran el plan obligatorio de salud entre un número plural de prestadores. Para este efecto, la EPS debe tener a disposición de los afiliados el correspondiente listado de prestadores de servicios, IPS, salvo cuando existan limitaciones en la oferta de servicios debidamente acreditada ante la Superintendencia Nacional de Salud

La Corte ha explicado que las EPS tienen la libertad de decidir con cuáles IPS celebran convenios o contratos, teniendo en cuenta para ello la clase de servicios que vayan a ofrecer, lo cual implica para los afiliados el derecho de escoger la Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) dentro de las ofrecidas por aquellas. Además, ha precisado que los afiliados deben acogerse a las IPS que sean remitidos para la atención de la salud, aunque prefieran otra carente de contrato, siempre y cuando en la IPS receptora se brinde una prestación integral del servicio. Al respecto en la Sentencia T- 238 de 2003, MP. Alfredo Beltrán Sierra, la Sala Segunda de Revisión dijo:

"Las EPS, de conformidad con las normas vigentes, tienen la libertad de decidir con cuáles instituciones prestadoras de salud suscriben convenios y para qué clase de servicios. Para tal efecto, el único límite constitucional y legal que tienen, radica en que se les garantice a los afiliados la prestación integral del servicio. De allí que, salvo casos excepcionales o en atención de urgencias, los afiliados deben acogerse a las instituciones a donde son remitidos para la atención de su salud, aunque sus preferencias se inclinen por otra institución. En todos estos procesos están en juego los criterios que operan tanto en el afiliado al momento de contratar con determinada EPS, o de cambiar de EPS, por no estar de acuerdo con las instituciones de salud donde aquella tiene convenios". (Subrayado fuera del texto).

De igual forma, en la Sentencia T-614 de 2003, MP. Eduardo Montealegre Lynett, la Sala Séptima de Revisión consideró, que *"las Entidades Promotoras de Salud están en libertad de contratar con las entidades que crean convenientes y que estén en capacidad de prestar los servicios requeridos por los usuarios, y no con las preferidas por éstos."* Además, determinó que la *"pretensión del demandante, de lograr que la menor Diana Benavides Trejo sea atendida en una entidad específica y por un médico en particular, no puede acceder el juez de tutela, pues como ya se demostró, el procedimiento requerido por la menor fue ciertamente negado en una primera oportunidad por falta de recursos, pero con posterioridad se ofrecieron alternativas de realización y se le indicó a los interesados, que una vez autorizado el procedimiento quirúrgico, la menor sería remitida a una de las I.P.S. que conforman la Red de Servicios de esa entidad y que esté en capacidad de suministrar este tratamiento."*

Por lo expuesto, esta Corporación concluye que los afiliados al SGSSS tienen el derecho de escoger la entidad que se encargará de la prestación de los servicios de salud, así como la IPS, siempre y cuando ello sea posible según las condiciones de oferta del servicio, limitadas

tan sólo en dos sentidos: en términos normativos, por la regulación aplicable; y en términos fácticos, por las condiciones materiales de recursos y entidades existentes, esto es, por ejemplo, en el marco de los contratos o convenios suscritos por las EPS.

Ahora bien, aunque la negativa al traslado de una IPS por sí sola no genera la vulneración de derechos fundamentales, cuando se acredita que la IPS receptora no garantiza integralmente el servicio, o se presta una inadecuada atención médica o de inferior calidad a la ofrecida por la otra IPS, y ello causa en el usuario el deterioro de su estado de salud, el juez de tutela podría conceder el amparo mediante tutela. En efecto, no hay que perder de vista que el afiliado tiene derecho a mantener cierta estabilidad en las condiciones de prestación del servicio a cargo de la IPS, y que es éste, dentro de la pluralidad de ofertas que las EPS han de brindar, quien en últimas tiene la potestad de decidir en cuál institución recibe el servicio.

3.6_ Caso Concreto.

En el evento que nos ocupa, del caudal probatorio compendiado especialmente de lo manifestado en su solicitud por parte del accionante ELKIN ARMANDO RIVERO PORTILLO, puede inferirse sin hesitación alguna, que la situación planteada por este consiste en que se ordene de manera inmediata a la accionada FAMISANAR EPS, proceda a autorizar para este, el procedimiento denominado Resección de Tumor de Línea Media Supratentorial por Craneotomía y Oclusión Pinzamiento o Ligadura de Vasos Intracraneales, ordeno por su médico tratante, en el Institución Nacional de Cancerología en la cuidad de Bogotá D.C. con el doctor Pedro José Penagos González.

Por su parte, la entidad accionada, en el ejercicio de su derecho a la réplica, informa que al usuario se le ha suministrado la atención necesaria y los servicios de salud para atender sus quebrantos de salud, y en ningún momento se ha vulnerado su derecho fundamental a la salud. Agrega que respecto al procedimiento ordenado por el médico tratante, este fue autorizado mediante la Orden de Servicios N° (POS) 267-94013423, para realizar el mismo consistente en RESECCION DE LESION O TUMOR DE LINEA MEDIA SUPRATENTORIAL POR CRANEOTOMIA y CIERRE, PINZAMIENTO O LIGADURA DE VASOS INTRACRANEALES VIA ABIERTA, atención que fue direccionada a su prestador CLÍNICA DEL CESAR S.A, en la ciudad de Valledupar, así como consulta de primera vez por especialista en Neurocirugía con Autorización de Servicio N° (POS) 267-94013421 direccionada a la misma IPS, indicando que es una Institución Prestadora del Servicio en Salud debidamente habilitada en esa ciudad, la cual cuenta con la infraestructura, y profesionales médicos requeridos para la atención adecuada de la patología del afiliado, siendo prioridad por parte de esta entidad, remitir a sus afiliados a la red de servicio local de la EPS, e indica que el afiliado no cuenta con remisión al INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA.

En este estado de cosas, ha de tenerse en cuenta entonces, que, tal como se desprende del acervo probatorio compendiado, al señor ELKIN ARMANDO RIVERO PORTILLO le fue ordenado por su médico tratante, para el manejo y tratamiento de su patología, el procedimiento consistente en RESECCIÓN DE LESIÓN O TUMOR DE LÍNEA MEDIA SUPRATENTORIAL POR CRANEOTOMÍA y CIERRE, PINZAMIENTO O LIGADURA DE VASOS INTRACRANEALES VIA ABIERTA. De igual modo obra en el expediente la Orden de Servicio N° (POS) 267-94013423, donde direccionan la práctica del procedimiento requerido a la Clínica Cesar, es decir, la Institución Prestadora del Servicio de Salud, encargada de brindar al paciente los servicios médicos contratados y autorizados por la EPS FAMISANAR, en razón de ello, corresponde entonces a esta última, asumir la obligación de brindarle al paciente la prestación del servicio de salud requerido para el manejo y tratamiento de sus quebrantos de salud, entidad que hace parte de la red de prestadores de la EPS a la cual se encuentra afiliado el paciente accionante. En el caso sub examine, es necesario recordar que la libertad de escogencia constituye un derecho de doble vía, pues, por un lado, constituye una facultad de los usuarios para elegir la E.P.S. a la que se afiliarán para la prestación del servicio de salud y las I.P.S. en la que se suministrarán esos servicios, y, por otro lado, entraña la potestad que tienen las E.P.S. de elegir las I.P.S. con las que celebrarán los convenios y la clase de servicios que se prestarán a través de ellas. Respecto de esta última faceta de la libertad de escogencia, las E.P.S. tienen la libertad de elegir las I.P.S. con las que contratan,

siempre y cuando garantice la prestación integral, de buena calidad y no existan afectaciones en las condiciones de salud de los usuarios.

Ahora bien, oportuno es precisar que en esta actuación no reposa evidencia alguna que nos lleve a concluir, con sustento en criterios médicos científicos, que la atención ofrecida en la IPS CLÍNICA VALLEDUPAR, adscrita a la red de prestadores de la EPS a la cual se encuentra afiliado el accionante, sería insuficiente, inadecuada, inapropiada o de inferior calidad a la que se le podría brindar en el Instituto Nacional de Cancerología, para atender la patología por este padecida y para realizarle el procedimiento ordenado por su médico trotante, toda vez que la sola afirmación del accionante no sería suficiente para considerarlo así y para concluir que es esta última, la única institución adecuada para brindarle la atención que su patología hace aconsejable y la práctica del procedimiento quirúrgico prescrito. En este orden de ideas factible es afirmar que no ha sido ofrecido sustento probatorio para que esta casa judicial pudiera concluir que en efecto, la atención brindada al paciente accionante, debe ser direccionada hacia una IPS diferente a la inicialmente escogida por la EPS, que diera lugar e hiciera aconsejable acceder a lo pretendido por el actor.

Por otra parte, pero dentro del mismo contexto, se hace imperativo señalar que, atendiendo la nutrida línea jurisprudencial al respecto, las EPS tienen la libertad de decidir con cuáles IPS celebran convenios o contratos, teniendo en cuenta para ello la clase de servicios que vayan a ofrecer, lo cual implica para los afiliados el derecho de escoger la Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) dentro de las ofrecidas por aquellas. Además, ha precisado la Guardiana de la Constitución, que los afiliados deben acogerse a las IPS que sean remitidos para la atención de la salud, aunque prefieran otra carente de contrato, siempre y cuando en la IPS receptora se brinde una prestación integral del servicio. Al respecto en la Sentencia T- 238 de 2003, MP. Alfredo Beltrán Sierra, la Sala Segunda de Revisión dijo:

> *"Las EPS, de conformidad con las normas vigentes, tienen la libertad de decidir con cuáles instituciones prestadoras de salud suscriben convenios y para qué clase de servicios. Para tal efecto, el único límite constitucional y legal que tienen, radica en que se les garantice a los afiliados la prestación integral del servicio. De allí que, salvo casos excepcionales o en atención de urgencias,* ***los afiliados deben acogerse a las instituciones a donde son remitidos para la atención de su salud****, aunque sus preferencias se inclinen por otra institución. En todos estos procesos están en juego los criterios que operan tanto en el afiliado al momento de contratar con determinada EPS, o de cambiar de EPS, por no estar de acuerdo con las instituciones de salud donde aquella tiene convenios". (Subrayado fuera del texto).*

En armonía con lo acotado, conviene acotar que las Entidades Promotoras de Salud están en libertad de contratar con las entidades que crean convenientes y que estén en capacidad de prestar los servicios requeridos por los usuarios, y no con las preferidas por éstos, para el caso que nos ocupa la pretensión del demandado es lograr que el procedimiento requerido sea practicado en una entidad específica y por un médico en particular, por lo tanto no es factible que esta casa judicial pueda acceder a lo pretendido por el actor, pues como ya se demostró, el procedimiento requerido no se la ha negado en ningún momento y fue direccionado a una de las I.P.S. que conforman la Red de Prestadores de Servicios de esa entidad y que está en capacidad de realizarlo.

En consecuencia, al analizar con base en estas reglas se puede concluir, que no se advierte desconocimiento ni vulneración por parte de FAMISANAR E.P.S. de los derechos fundamentales del paciente accionante señor ELKIN ARMANDO RIVERO PORTILLO, por dos razones: (i)._ No se logró acreditar que la IPS a la cual fue direccionada el procedimiento de Resección de Tumor de Línea Media Supratentorial por Craneotomía y Oclusión Pinzamiento o Ligadura de Vasos Intracraneales, no está en capacidad de suministrar la atención requerida, o que se desmejoraría el nivel de calidad del servicio ofrecido y comprometido; y, (ii)._ El paciente no manifestó carencia de recursos económicos, con respecto al transporte a la ciudad de Valledupar, donde se encuentra ubicada la IPS donde le practicarían el procedimiento requerido, ni que ante la EPS accionada, hubiese solicitado viáticos para asistir a las atenciones médicas que requería, en efecto amparar el derecho reclamado por el accionante, sin existir ninguna atención programada, sería tutelar sobre

hechos inciertos, la acción de tutela, como instrumento de protección urgente que es, buscar la guarda constitucional, la efectividad concreta y actual del derecho fundamental objeto de violación o amenaza, lo cual no sucede en el caso bajo estudio. Por lo que, al verificar la inexistencia de la vulneración de los derechos fundamentales deprecados por el accionante, es claro entonces que hace inocuo cualquier orden que pudiera emitirse al respecto, por lo que no será concedido el amparo deprecado.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el JUZGADO PRIMERO PROMISCUO MUNICIPAL DE AGUSTÍN CODAZZI - CESAR, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. _ Denegar el amparo constitucional deprecado por el señor **ELKIN ARMANDO RIVERO PORTILO**, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Segundo._ Notifíquese este fallo a las partes intervinientes, por el medio más expedito (art. 16 del decreto 2591 de 1991).

Tercero._ Contra esta decisión procede el recurso de impugnación. Si no fuere impugnado este fallo dentro de los tres (3) días siguientes al de su notificación, envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión Por el medio más eficaz notifíquese a los interesados.

Notifíquese y cúmplase

ALGEMIRO DÍAZ MAYA
Juez