



REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES MIXTAS

Piedecuesta, veintinueve (29) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Se procede a proferir el correspondiente fallo dentro de la acción constitucional de tutela instaurada por **JHON JAIRO FIGUEROA MARIN**, actuando en nombre propio, en contra de **NUEVA EPS-S**, con vinculación de oficio de la **SECRETARIA DE SALUD DE SANTANDER** y **SECRETARIA DE SALUD DE PIEDECUESTA**, con el fin de proteger los derechos fundamentales a la vida, seguridad social y salud.

1.1. Hechos de la tutela.

Expuso el accionante, como sustento fáctico de la solicitud de amparo, con relevancia para el estudio del presente asunto, lo siguiente:

Que fue diagnosticado de hemorroides tipo 3, con aparición de dolor y supuración en región perianal con presunta sospecha de fistula perianal, por lo que el galeno tratante le ordenó procedimiento quirúrgico fistulectomía ano-perineal.

Refirió que a la fecha la NUEVA EPS-S, no le autorizado el procedimiento quirúrgico alguno.

1.2. Pretensión.

Por los anteriores hechos solicitó que se le protejan los derechos fundamentales a la vida, seguridad social y salud., en consecuencia, solicita le ORDENE a NUEVA EPS-S de manera prioritaria y urgente se le realice el



procedimiento quirúrgico y se otorgue el medicamento necesario que requiera una vez se realice la cirugía y tratamiento postoperatorio.

1.3. Admisión y trámite.

El asunto constitucional fue avocado en auto del 16 de mayo del 2023, proveído en el que se dispuso la notificación de la accionada, disponiéndose correr traslado del libelo tutelar con el fin que la autoridad accionada se pronunciara sobre los hechos y pretensiones, y ejerciera su derecho de defensa y contradicción, disponiéndose de este modo darle el trámite previsto en el decreto 2591 de 1991, así mismo se le corrió traslado a las entidades vinculadas de oficio.

1.4. Manifestaciones de la accionada y vinculadas.

➤ SECRETARIA DE SALUD DE PIEDECUESTA.

Indicó en primer lugar que, la Secretaria de Salud de Piedecuesta, en virtud del Decreto 110 de 2 de noviembre de 2017, le corresponde coordinar en conjunto con el Departamento y las entidades prestadoras de los servicios de salud, las estrategias para cumplir el plan básico de salud así como las acciones de salud públicas del municipio para prevenir y mejorar la salud de sus habitantes, promoviendo el acceso a la salud y el ejercicio de la inspección, vigilancia y control de las acciones de salud pública que realicen las prestadoras del servicio de salud e instituciones relacionadas. Así mismo, indicó que, la administración en el área de salud en el Municipio de Piedecuesta no está descentralizada y por ende la atención en salud en su complejidad ya sea de primer nivel o demás niveles, es de competencia única y exclusiva del Departamento de Santander, mediante la Secretaria de Salud Departamental.

De igual manera reiteró que como no es una entidad Promotora de Salud-EPS, y no le es posible prestar los servicios que le corresponden a las EPS, pues son las EPS las que tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su



salud, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las EPS, por tanto, enuncia la falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad.

➤ **NUEVA EPS**

Manifestó en primer lugar que, el señor JHON JAIRO FIGUEROA MARIN, se encuentra afiliado al sistema de salud a través de la NUEVA EPS, por medio del régimen subsidiado.

Así mismo, señaló que la EPS *“GARANTIZA LA ATENCIÓN A SUS AFILIADOS A TRAVÉS DE LOS MÉDICOS Y ESPECIALISTAS ADSCRITOS A LA RED PARA CADA ESPECIALIDAD”* advirtiendo que *“la asignación y realización de consultas, controles, cirugías, terapias, exámenes, prestación de servicios domiciliarios, son programados directamente por la IPS encargada de la prestación del servicio, y no por parte de NUEVA EPS en su condición de aseguradora en salud, toda vez que las asignaciones dependen única y exclusivamente de la disponibilidad respecto a la agenda médica del galeno tratante, atendiendo la atención dispuesta por los especialistas.”*

Refirió que frente la presunta vulneración de los derechos referidos, *“de forma conjunta con el área de SALUD, nos encontramos verificando los hechos expuestos, a fin de ofrecer una solución real y efectiva para la protección de los derechos fundamentales invocados”* y que *“Una vez se obtenga el resultado de dichas labores, se pondrán en conocimiento de su Señoría a través de respuesta complementaria.”* aclarando que la NUEVA EPS tiene habilitados canales de atención para la radicación de sus solicitudes, por lo cual *“NUEVA EPS brinda los servicios a través de los proveedores autorizados, correspondiendo a estos la carga de la dispensación y prestación de los servicios de acuerdo con las radicaciones efectuadas por los usuarios conforme a sus ordenamientos médicos.”*

Por otra parte, frente al tratamiento integral manifiestan que, no es procedente emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir, órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico, y que el concepto del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere o no un determinado servicio de salud, aunque no es exclusivo.



Por último, solicitó se deniegue la acción de tutela por improcedente, se deniegue la solicitud de atención integral, o en caso de ser concedida, se ordene el recobro del 100% ante el ADRES de manera subsidiaria.

➤ **SECRETARIA DE SALUD DE SANTANDER**

A pesar de ser notificada en debida forma al correo electrónico tutelasescalud@santander.gov.co guardo silencio.

2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Constitución de 1.991, en su artículo 86, consagró el derecho de toda persona a ejercer la acción de tutela ante los Jueces de la República, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, para pedir la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando considere que los mismos se encuentran vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en algunos casos especiales.

No obstante, no basta con que el accionante alegue la violación de un derecho Constitucional fundamental para que proceda su protección por vía de tutela, pues esta acción de orden constitucional tiene un carácter subsidiario al que solo se puede acudir cuando no exista otro medio judicial eficaz al que se pueda acudir para la defensa de los intereses de quien demanda.

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA. Sentencia T-581/09 Corte Constitucional.

El derecho a la vida humana está establecido desde el preámbulo mismo de la Constitución, como un valor superior que debe ser asegurado y protegido por el Estado, tanto por las autoridades públicas como por los particulares.

La Corte en varias de sus sentencias ha reiterado, que las entidades intervinientes en la prestación del servicio de salud deben aplicar el derecho a la seguridad social, bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establece la ley y el artículo 365 de la Constitución, que señala como características de los servicios públicos ser un servicio inherente a la finalidad social del Estado y que como tal, tiene el



deber de asegurar su prestación de manera eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

De igual manera, esta Corporación ha destacado la importancia del derecho a la vida, como el más trascendente y fundamental de todos los derechos y ha indicado que éste debe interpretarse en un sentido integral de “existencia digna” conforme a lo dispuesto en el artículo 1º Superior, que establece como principio fundamental “el respeto de la dignidad humana.”

Ahora bien, inicialmente esta Corporación en varios pronunciamientos explicó que el derecho a la salud es de carácter prestacional, pero que podría llegar a ser protegido por la acción de tutela cuando se diera su conexidad con un derecho fundamental.

Posteriormente, la Corte matizó esta posición y en varias providencias reconoció el carácter de fundamental y autónomo del derecho a la salud. Para el caso por ejemplo, de las personas de la tercera edad, de los niños o en situaciones en los que la Ley hubiere definido el derecho.

En la Sentencia T-760 del treinta y uno (31) de julio de dos mil ocho (2008), la Corte Constitucional analizó las distintas posiciones jurisprudenciales desarrolladas para la protección del derecho a la salud, entre ellas la conexidad y planteó que ésta ya no debía utilizarse, porque el derecho a la salud es de aplicación autónoma, partiendo de la base que hay unas normas específicas que lo desarrollan y por tanto se hace exigible como fundamental.

Se explica que un derecho no es fundamental por estar o no en un capítulo específico de la Constitución, pues el artículo 94 establece que no todos los derechos están consagrados expresamente en el texto. En esas condiciones no pueden negarse como derechos aquellos que ‘siendo inherentes a la persona humana’, no estén enunciados en la Carta.

En ese contexto, la Corte aborda el tema de la fundamentalidad del derecho al servicio de salud y la obligación del Estado de implementar una política de salud progresiva acorde con las necesidades y los avances de la medicina.

Sobre el punto se dijo lo siguiente:

“(…) Algunas de las obligaciones que se derivan de un derecho fundamental y que tienen un carácter prestacional, son de cumplimiento inmediato, bien sea porque se trata de una acción simple del Estado, que no requiere mayores recursos (por ejemplo, la obligación de suministrar la información de cuáles son sus derechos a los pacientes, antes de ser sometidos a un tratamiento médico), o porque a pesar de la movilización de recursos que la labor implica, la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata (por ejemplo, la obligación de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la atención en salud de todo bebé durante su primer año de vida –art. 50, CP–).

“(…) Otras de las obligaciones de carácter prestacional derivadas de un derecho fundamental son de cumplimiento progresivo, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho. Tanto la decisión democrática acerca del grado de protección que se brindará a un derecho fundamental en sus facetas prestacionales, como la adopción



e implementación de las formas específicas de garantizar su efectivo respeto, protección y cumplimiento, suponen que el cumplimiento de este tipo de obligaciones se logre progresivamente. En tal sentido, el cumplimiento de este tipo de obligaciones no se satisface con la simple actuación estatal, ésta debe ser ajustada a la Constitución, por lo que debe estar encaminada a garantizar el goce efectivo de los derechos.

“(...) 3.3.7. Ahora bien, la Corte no sólo reconoce que la defensa de muchas de las facetas prestacionales de un derecho constitucional requiere acciones variadas y complejas por parte del Estado. También reconoce que les compete a las autoridades constitucionalmente establecidas para tal labor, decidir cuáles son las acciones y medidas necesarias para que se garantice el derecho del accionante. Garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales, sean estos de libertad o sociales, es un mandato constitucional que irradia el ejercicio del poder público y determina una de sus funciones principales en un Estado Social de Derecho.

“(...) 3.3.8. La progresividad justifica la imposibilidad de exigir judicialmente en casos individuales y concretos, el inmediato cumplimiento de todas las obligaciones que se derivarían del ámbito de protección de un derecho constitucional, pero no es un permiso al Estado para que deje de adoptar las medidas adecuadas y necesarias orientadas a cumplir las obligaciones en cuestión, valga repetir, progresivamente. Para la jurisprudencia “el que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse.

“(...) 3.3.9. Para la jurisprudencia constitucional, cuando el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental depende del desarrollo progresivo, “lo mínimo que debe hacer [la autoridad responsable] para proteger la prestación de carácter programático derivada de la dimensión positiva de [un derecho fundamental] en un Estado Social de Derecho y en una democracia participativa, es, precisamente, contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de sus derechos. Por ello, al considerar un caso al respecto, la Corte señaló que si bien el accionante ‘no tiene derecho a gozar de manera inmediata e individualizada de las prestaciones por él pedidas, sí tiene derecho a que por lo menos exista un plan’.

“(...) En consecuencia, se desconocen las obligaciones constitucionales de carácter prestacional y programático, derivadas de un derecho fundamental, cuando la entidad responsable de garantizar el goce de un derecho ni siquiera cuenta con un programa o con una política pública que le permita avanzar progresivamente en el cumplimiento de sus obligaciones correlativas.”

De lo anterior se desprende que el derecho a la salud es fundamental desde una perspectiva prestacional, el cual implica *i)* la existencia de una ley que lo desarrolle; es decir el Plan Obligatorio de Salud junto con las normas reglamentarias y *ii)* la obligación del Estado de tener una política que implique cubrir paulatinamente cada necesidad que se presente en la ejecución del servicio de salud. Entonces cuando se presenta una deficiencia por parte del Estado para garantizar progresivamente el cubrimiento de las distintas enfermedades o patologías que una persona llegare a necesitar, se hará procedente la acción de tutela para la protección del derecho fundamental a la salud.



CASO EN CONCRETO

En el presente asunto deprecia el accionante que se protejan sus derechos fundamentales a la vida, seguridad social y salud, en consecuencia ORDENAR a NUEVA EPS-S que realicen el procedimiento quirúrgico fistulectomía ano-perineal, así como la entrega de los medicamentos postoperatorios.

Frente al cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción en casos como el presente se tiene acreditada la legitimación en la causa por activa y por pasiva, dado que, es el accionante quien actúa en nombre propio, pues se evidencia que él mismo fue diagnosticado de una fistula perianal, razón por la cual, presenta esta acción constitucional para la protección de sus derechos fundamentales ante la entidad accionada quien se encuentra a cargo de la prestación de sus servicios de salud según la vinculación realizada a través del régimen de seguridad social en salud y finalmente respecto de la inmediatez la prestación de salud objeto de reclamo es actual e inminente.

Finalmente, no existe otro mecanismo jurídico que le ofrezca al accionante una solución eficaz y pronta al problema que presenta para acceder a la prestación del servicio médico requerido por el señor JHON JAIRO FIGUEROA MARIN, prestación que requiere para el tratamiento de coloproctología, derivado de la enfermedad que padece.

Así las cosas, y ante el panorama expuesto en líneas previas, es menester analizar si en el caso de marras se vulneraron los derechos del señor JHON JAIRO FIGUEROA MARIN y si se configuran los requisitos para acceder a sus pretensiones para que la EPS accionada autorice y materialice el procedimiento denominado: "*Fistulectomía ano-perineal*", conforme fue ordenado por el médico tratante.

Sobre tal circunstancia NUEVA EPS-S manifestó "*que se encuentra verificando los hechos expuestos, a fin de ofrecer una solución real y efectiva para la protección de los derechos fundamentales invocados y que una vez se obtenga el resultado de dichas labores, se pondrán en conocimiento*".



Revisada la historia clínica adjunta se observa que, al usuario del sistema, señor JHON JAIRO FIGUEROA MARIN le fue ordenado, desde 25 de mayo de 2022, la realización de dicho procedimiento quirúrgico, sin que desde esa fecha NUEVA EPS-S haya autorizado y materializado lo ordenado por el médico tratante.

Por lo anterior, resulta evidente que la NUEVA EPS-S ha venido vulnerando el derecho fundamental a la salud del señor JHON JAIRO FIGUEROA MARIN al no materializar el procedimiento quirúrgico fistulectomía ano-perineal, ordenado por el médico tratante, tal como se aprecia en la orden aportada, exponiendo al usuario a una conducta negligente de la entidad promotora de Salud, que constituye la mejor prueba de la desatención administrativa y de la vulneración de los derechos del paciente, ya que el galeno tratante le ordeno desde el 25 de mayo del 2022, la realización de dicho procedimiento quirúrgico, situación por la cual NUEVA EPS-S, tiene la responsabilidad exclusiva como entidad prestadora de salud de brindar el tratamiento requerido por el señor JHON JAIRO FIGUEROA MARIN.

Lo anterior por cuanto lo realmente importante es la efectividad en la prestación del servicio de salud, de la cual indiscutiblemente hace parte la autorización de la orden emitida por el médico tratante, pues es esta la forma por excelencia en que se concreta el cumplimiento y el respeto por el derecho a la salud de los afiliados; de modo que, llama la atención del Despacho la forma desentendida en que NUEVA EPS-S ha dejado a la deriva el tratamiento que requiere JHON JAIRO FIGUEROA MARIN desde el 25 de mayo de 2022 cuando le fue ordenado por su médico tratante el procedimiento quirúrgico fistulectomía ano-perineal.

Por tal motivo, se concederá el amparo rogado y se ordenará a NUEVA EPS-S que en el término de cuarenta y ocho (48) siguientes a la notificación de este provisto autorice que al señor JHON JAIRO FIGUEROA MARIN sea sometido inmediatamente al procedimiento quirúrgico fistulectomía ano-perineal, para el tratamiento de la patología hemorroides tipo 3, con aparición de dolor y supuración en región perianal con presunta sospecha de fistula perianal, siempre con el aval del médico tratante.

Ahora bien, frente a la solicitud de los medicamentos postoperatorios, no puede concederse automáticamente, sino que deben estar soportadas en órdenes



precisas del médico tratante, notoriamente desatendidas por la entidad prestadora de salud, lo cual se echa de menos en el sumario, no pudiéndose desconocer que no procede la tutela sobre hechos o situaciones futuras o inciertas, esto es, que aún no se han presentado o verificado.

De igual manera, se advierte que no es procedente por vía de tutela conceder a NUEVA EPS-S la facultad de recobro ante la ADRES en atención a lo aquí ordenado en esta sentencia, frente a los costos en que incurra frente a las ordenes aquí dadas y, en cumplimiento del fallo de tutela pues precisamente dicha EPS, de manera previa, recibió la suma asignada para el cubrimiento de servicios no incluidos en el Plan de beneficios en salud, en cumplimiento de los actos administrativos emitidos por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Para finalizar, se desvinculará del presente trámite a la SECRETARIA DE SALUD DE SANTANDER y SECRETARIA DE SALUD DE PIEDECUESTA por no avizorarse responsabilidad de su parte.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones mixtas de Piedecuesta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos a la vida, seguridad social y salud del señor JHON JAIRO FIGUERO MARIN identificado con cédula de ciudadanía N° 1.098.687.669 de Bucaramanga, Santander por las razones consignadas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO: ORDENAR al Gerente y/o Representante legal de **NUEVA EPS-S** que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este proveído autorice que el señor a JHON JAIRO FIGUEROA MARIN, sea sometido inmediatamente el procedimiento quirúrgico fistulectomía ano-perineal, siempre con el aval del médico tratante, so pena de incurrir en desacato a términos del artículo 52 del Decreto 2591 d 1991, por las razones que de dejaron expuestas en la fracción motiva anterior.



TERCERO: NO CONCEDER los medicamentos postoperatorios por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: NO CONCEDER a NUEVA EPS-S la facultad de recobro ante ADRES por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

QUINTO: DESVINCULAR de la presente acción a la SECRETARIA DE SALUD DE SANTANDER y SECRETARIA DE SALUD DE PIEDECUESTA, por no avizorarse responsabilidad en su contra.

SEXTO: ADVERTIR que el incumplimiento de lo aquí ordenado acarreará la iniciación de los procedimientos sancionatorios de desacato, conforme los lineamientos contenidos en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991.

SEPTIMO: Si esta decisión no fuere impugnada, remítase dentro del término legal a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

CARLOS ENRIQUE SUAREZ DELGADO
JUEZ.