

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

MAGISTRADO PONENTE. CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ

Ibagué, nueve (09) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Radicación: No. 73001-33-33-008-2022-0006-01
Interno: No. 2022-0030
Acción: TUTELA - IMPUGNACIÓN
Accionante: BARBARA MARIA MINA TAVERA
Accionados: NUEVA EPS
Asunto: Impugnación Sentencia de Tutela – Derecho a la salud

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Se encuentran las presentes diligencias en esta Corporación a efectos de resolver la impugnación oportunamente interpuesta por la NUEVA E.P.S., contra la sentencia proferida el 25 de enero de 2022 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, por medio de la cual, se amparó el derecho fundamental a la salud de la accionante en la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1. El escrito de tutela¹

La señora BARBARA MARIA MINA TAVERA, interpuso acción de tutela contra la NUEVA E.P.S. por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida e integridad personal; vulneración que sustenta en los siguientes:

HECHOS²

Como sustento fáctico, la parte accionante relaciona los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

“PRIMERO: Me encontraba vinculada siempre a la NUEVA EPS, en vista que como mi esposo FRANCISCO GAMEZ en los actuales momentos se encuentra sin trabajo hace más de 4 años, mi hija JUME JHONAN GAMEZ quien se encontraba laborando en ese momento nos afilio al régimen contributivo como personas beneficiarias del grupo de ella. Pero pronto perdió su empleo y quedamos desamparados nuevamente en salud, por lo que mi esposo realizo gestiones para obtener la pensión subsidiada es así como el régimen subsidiado nos acogió en este régimen.

¹ Anexo 02 del expediente digital juzgado.

² Ibídem.

SEGUNDO: Mi hija regreso nuevamente a un trabajo, y la NUEVA EPS nos volvió a tomar en el grupo de beneficiarios del régimen contributivo de mi hija sin enviarnos ninguna comunicación que habíamos cambiado de régimen de salud ya que por que no soy una persona estudiada no pensé que esto me traería inconvenientes al futuro. La nueva eps me asignaba las citas que pedí sin ningún problema

TERCERO: Es así que al perder nuevamente la calidad de Beneficiarios del régimen contributivo debió haberme cambiado nuevamente al régimen subsidiado donde me encuentro activa como lo demuestro con el documento que anexo.

CUARTO: Se me había ordenado una cita médica con especialista en cirugía vascular, con nota aclaratoria que se encuentra anexa en la orden de remisión del especialista, cita que me fue asignada para el día 10 de enero de 2022, a la cual acudo. Pero la atención me es negada por parte de AVIDANTI S.,A.S IBAGUE c (sic) cita que me había sido asignada por orden de la nueva eps. Y aparezco en el estado como persona suspendida de régimen de SALUD, (sic)

QUINTO: Le digo que estoy activa y demuestro con los documentos del ADRES pero la cita me es negada sin más explicación.

SEXTO: Soy una persona madre CABEZA DE FAMILIA que he tenido múltiples complicaciones médicas debido a un infarto que sufrí y me trajo múltiples complicaciones médicas.”

PRETENSIONES³

La señora BARBARA MARIA MINA TAVERA, requiere:

“PRIMERO: Tutelar el derecho fundamental a la salud por conexidad con el derecho fundamental a la vida en consecuencia

SEGUNDO: Ordenar a la NUEVA EPS, que se me ordene la cita con el especialista en cirugía vascular del régimen subsidiado. Y se me suministre los tratamientos requeridos para soportar la enfermedad.”

1.2. Actuación procesal en primera instancia

Mediante auto fechado el 13 de enero del año que avanza⁴, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, admitió la acción constitucional de la referencia y ordenó notificar dicha decisión a la entidad accionada, para que en el término improrrogable de dos (2) días, rindiera un informe sobre las razones de hecho y derecho que sustentaron la acción interpuesta, y ordeno vincular a AVIDANTI S.A.S.

II. INFORME RENDIDO

2.1. Nueva EPS⁵

JUAN MANUEL BEDOYA RODRIGUEZ, quien actúa como apoderado especial de la Nueva E.P.S., presenta contestación mencionando los siguientes argumentos defensivos:

³ Folio 3 del anexo 002 del expediente digital juzgado.

⁴ Ver anexo 003 del expediente digital juzgado.

⁵ Ver anexo 004 folios 30-32 del expediente digital juzgado.

“Mediante la presente acción de tutela, la parte accionante solicita a su despacho se ordene a la NUEVA EPS actualizar el estado administrativo.

INEXISTENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS POR PARTE DE NUEVA EPS.

*Nueva EPS valido (sic) la solicitud elevada por parte de la accionante encontrando que la señora **BARBARA MARIA MINA TAVERA**, a la fecha de elaboración de esta respuesta la accionante se encuentra en estado **ACTIVO**, información corroborada en nuestro sistema, encontrándonos frente a una carencia actual de objeto dado que lo pretendido por el accionante ya fue tramitado, es por ello que solicitamos al despacho declarar improcedente la acción de tutela formulada por parte del actor al evidenciarse un hecho superado referente a las pretensiones elevadas por parte de la accionante.*

CONCEPTO ÁREA TÉCNICA AFILIACIONES

Verificada la información en el sistema integral sobre la acción de tutela de la afiliada Bárbara María Mina Tavera identificada con cedula (sic) de ciudadanía número 51898946, nos permitimos informar que se procedió con activación régimen subsidiado por movilidad.

(...)

“Así las cosas, se solicitará muy respetuosamente a su despacho cese la presente acción de tutela.

FUNCIONARIO ENCARGADO DE CUMPLIR LOS FALLOS JUDICIALES AFILIACIONES

Según sus funciones y responsabilidades dentro de la entidad, para el caso de AFILIACIONES, el encargado de cumplimiento de la sentencia de tutela es el Director de Afiliaciones, y su superior jerárquico, el Gerente de Afiliaciones.

(...)

III. SENTENCIA IMPUGNADA⁶

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué mediante sentencia emitida el 25 de enero de 2022, resolvió:

“PRIMERO. -AMPARAR el derecho fundamental a la salud de la señora BARBARA MARIA MINA TAVERA, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.898.946, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. -ORDENAR a NUEVA E.P.S. que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, tome las medidas necesarias para que, si no se ha hecho ya, se programe para la señora BARBARA MARIA MINA TAVERA, “CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN CIRUGÍA VASCULAR”, según fue ordenado en la remisión No. 7000522468 de 20 de diciembre de 2021, suscrita por el médico Fredy Pineda Bonilla, en la CLÍNICA AVIDANTIS S.A.S. o en en otra I.P.S. idónea, según la adscripción a su red de servicios.

TERCERO. -ORDENAR a NUEVA E.P.S., que, en adelante, brinde a la señora BARBARA MARIA MINA TAVERA, el tratamiento integral que requiere para el

⁶ Ver anexo 005 del expediente digital juzgado.

adecuado manejo de la patología “VENAS VARICOSAS DE LOS MIEMBROS INFERIORES SIN ULCERA NI INFLAMACIÓN”, para lo cual deberá suministrarle los medicamentos, tratamientos, procedimientos, insumos, y en general, cualquier servicio incluido o no en el Plan de Beneficios de Salud-PBS, que sean prescritos por sus médicos tratantes.

CUARTO. -Notificar esta decisión a las partes por el medio más expedito.

QUINTO. -Si el presente fallo no fuere impugnado, envíese el expediente a la Corte Constitucional en el término señalado en el artículo 31 del Decreto Ley 2591 de 1991, para su eventual revisión.”

Para llegar a la anterior decisión el a quo consideró:

“ [...]”

*“Así las cosas, este despacho advierte que NUEVA E.P.S. no logró justificar la interrupción en la prestación del servicio de salud a la afiliada BARBARA MARIA MINA TAVERA, y, por lo tanto, considerándose además que, **en virtud del derecho a la continuidad en el servicio de salud, y los principios de efectividad y eficiencia, las E.P.S. deben garantizar a sus afiliados la continuidad de los tratamientos médicos ya iniciados**, se amparará el derecho a la salud de la tutelante y se impondrá una orden en cabeza de NUEVA E.P.S. para que aquella sea atendida por “CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN CIRUGÍA VASCULAR.”*

(...)

*“Y es que, en el marco de lo expuesto, la integralidad en la atención de salud implica que los usuarios puedan recibir un **“tratamiento completo y sin fraccionamientos según lo que el médico tratante considere pertinente para restablecer el estado de la salud y mejorar las condiciones de vida del paciente.***

Para ordenar por vía de amparo a las entidades promotoras de salud, brindar un tratamiento integral a los afiliados, la Corte Constitucional ha considerado que deben verificarse el cumplimiento de dos condiciones, esto es que la entidad haya actuado con negligencia en la prestación del servicio, por ejemplo con la demora injustificada en el suministro de un medicamento, o la programación de procedimientos o tratamientos dirigidos a obtener la rehabilitación, poniendo así en riesgo la salud de la persona, y que haya soporte de las órdenes emitidas por el médico tratante, especificando los servicios ordenados y requeridos por el paciente

En el caso bajo examen, según lo aportado por la parte accionante, se evidencia que BARBARA MARIA MINA TAVERA fue diagnosticada con “VENAS VARICOSAS DE LOS MIEMBROS INFERIORES SIN ULCERA NI INFLAMACIÓN” y que su médico tratante adscrito a NUEVA E.P.S. la remitió a “CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN CIRUGÍA VASCULAR”, habiéndole sido negado este servicio por figurar suspendida su afiliación, según se narró por la parte accionante, lo cual, según se consideró con antelación, no se avizora justificado en el marco del debido proceso en la movilización de regímenes de salud y del derecho a la continuidad del servicio de salud; así las cosas, se observa un incumplimiento por parte de NUEVA E.P.S. en lo relacionado con la cita por especialidad en cirugía vascular que le fue ordenada a la accionante, lo cual conllevó a la interrupción en el plan de tratamiento de salud considerado por los profesionales médicos para el caso de la paciente, y, siendo de esa manera, se encuentran acreditados los dos requisitos para ordenar a la entidad prestadora del servicio de salud que brinde el tratamiento integral que

*requiera la afiliada para el manejo adecuado de la patología de VENAS VARICOSAS DE LOS MIEMBROS INFERIORES SIN ULCERA NI INFLAMACIÓN” , **de acuerdo con las prescripciones médicas que profieran sus médicos tratantes adscritos a la red de servicios de la entidad prestadora del servicio, incluyendo los medicamentos, tratamientos, procedimientos, insumos, y en general, cualquier servicio de salud, incluido o no en el Plan de Beneficios de Salud-PBS, pudiendo recobrar al ADRES los valores respectivos, en caso de no corresponder al U.P.C.**”*

IV. LA IMPUGNACIÓN⁷

La entidad accionada, impugnó el fallo de tutela de primera instancia fechado el 25 de enero de 2022, con el fin de que se revoque la decisión emitida por el a quo, respecto a ordenar a NUEVA E.P.S., que, en adelante, brinde a la señora BARBARA MARIA MINA TAVERA, el tratamiento integral que requiere para el adecuado manejo de la patología “VENAS VARICOSAS DE LOS MIEMBROS INFERIORES SIN ULCERA NI INFLAMACIÓN”, para lo cual deberá suministrarle los medicamentos, tratamientos, procedimientos, insumos, y en general, cualquier servicio incluido o no, en el Plan de Beneficios de Salud-PBS, que sean prescritos por sus médicos tratantes, para lo cual esgrimió las siguientes censuras:

(...)

“Por su parte, con un tratamiento integral se tutelan hechos futuros e inciertos, exámenes que todavía no se han requerido, o tratamientos o medicamentos que no han sido ordenados. Adicionalmente, con un tratamiento de este tipo se deja de lado que la situación económica, social y de entorno de la Afiliada puede variar, y se desconocerían los lineamientos jurisprudenciales, en el sentido de que únicamente se amparan procedimientos o medicamentos claramente probados que requiere la Afiliada, ordenados por el médico, según la evolución del estado patológico.

NUEVA EPS en atención a las normas legales vigentes aludidas anteriormente y a la jurisprudencia de las altas Cortes, atendiendo a los mandatos y directrices trazadas por el Ministerio de Salud y Protección Social y en calidad de aseguradoras, tiene claro que los recursos destinados a salud, solamente pueden y deben ser utilizados en servicios de salud, y que estos servicios deben de ser suministrados a los pacientes toda vez que la iniciativa o mandato nazca del concepto del médico tratante por ser este el conocedor del estado clínico del paciente, y aun así siempre se le brindará al médico el apoyo científico de otros especialistas de las mismas calidades a fin de garantizar la alta efectividad y la calidad de los tratamientos médicos.

El bien jurídicamente tutelado es la salud, los servicios de salud tienen como finalidad la prevención de la enfermedad, la recuperación de la salud del paciente a través de los tratamientos médicos. Se debe entender que los recursos económicos de la salud se utilizan en aquellos servicios de salud que cumplen una función directa en el tratamiento médico, un servicio de salud cuyas funciones producen efectos en la parte funcional de tal forma que estabiliza el funcionamiento del organismo o previene que este se vea afectado por patologías que pongan en riesgo su vida y su integridad física.

Como consecuencia de lo anterior, hablar de servicios médicos futuros suministro de todo tratamiento que requiera, sería tanto como hablar de tutelar derechos por amenazas futuras e inciertas, por hechos que no han ocurrido y que, por lo mismo,

⁷ Ver anexo 006 del expediente digital juzgado.

no se pueden hacer consideraciones sobre ellos, pues en tal caso, se estaría violando el debido proceso en la medida en que para el momento en que se genere la orden la EPS ya no tendría la posibilidad de esgrimir nuevos argumentos de defensa o nuevas pruebas que surjan. Anudado a lo anterior, al tratarse de hechos futuros e inciertos no existen órdenes médicas sobre las cuales se deba garantizar la prestación del servicio de salud y del cual se presume el incumplimiento por parte de la entidad de la salud.”

V. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante proveído fechado el 7 de febrero de 2022, el Magistrado ponente avocó el conocimiento de la impugnación formulada por la NUEVA E.P.S., para lo cual se ordenó notificar a las partes, y libradas las comunicaciones del caso, el expediente ingresó al Despacho para fallo.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SEGUNDA INSTANCIA

6.1 Precisiones preliminares

6.1.1. Marco jurídico de las acciones de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política expresa que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces en todo momento y lugar mediante un procedimiento breve y sumario, por sí misma o quien actúe en su nombre la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública.

El inciso tercero de la anterior disposición igualmente dice que esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otros medios de defensa judicial, salvo que aquella se autorice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El artículo 8 del Decreto 2591 de 1991 prescribe que la tutela procede como mecanismo transitorio aun cuando el afectado disponga de otro medio judicial para evitar un perjuicio irremediable, esto es, cuando el daño no sea irreparable jurídicamente, o cuando al interpretarse en el sentido de que los efectos del acto durante su ejecución sean físicamente irreparables.

A su vez, la Corte ha interpretado las normas sobre procedencia de la acción de tutela concluyendo que dicha acción es de carácter subsidiario y por tanto, no supe los mecanismos procesales establecidos por el ordenamiento jurídico para defender los intereses de los particulares. Frente a este tema, ha Indicado:

“Reitera la Corte que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario cuyo objeto específico es la protección de los derechos fundamentales violados o amenazados por acción u omisión de una autoridad pública o de una persona o entidad privada cuando la circunstancia encaja en lo previsto por la Carta, pero en modo alguno se constituye en vía adecuada para sustituir al sistema jurídico ordinario ni para reemplazar los procedimientos judiciales expresamente contemplados para solucionar determinadas situaciones o para desatar ciertas controversias.” (T-293 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

6.1.2. De la competencia

Vale aclarar que la jurisprudencia constitucional ha indicado que las únicas normas que determinan competencia en materia de tutela, son el artículo 86 de la Constitución que señala que ésta se puede interponer *ante cualquier juez*, y el artículo 37 de Decreto 2591 de 1991, que establece la competencia territorial y la correspondiente a las acciones de tutela que se dirijan contra los medios de comunicación, la cual es asignada a los jueces del circuito.

En este sentido, al artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, dispone:

“Art. 37. – Primera instancia. Son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud...” (Negrilla fuera de texto original.)

Ahora bien, teniendo en cuenta los derechos invocados en la presente acción por parte del tutelante, la Sala resolverá el presente caso de la siguiente forma: **(i)** se pronunciará respecto de la protección de derecho a la salud por vía de acción de tutela, **(ii)** hará mención a los aspectos generales del derecho fundamental a la salud y, finalmente, **(iii)** se abordará el examen del caso concreto.

6.1.3. Del problema jurídico a resolver

Le corresponde a la Sala de Decisión determinar si en el presente caso, la entidad accionada vulneró o no el derecho fundamental a la salud de la señora BARBARA MARIA TAVERA, en la medida que la cita por “CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN CIRUGÍA VASCULAR”, que le había sido programada por parte de NUEVA E.P.S. para el día 10 de enero de 2022, le fue denegada porque a esa fecha su afiliación a la E.P.S. se encontraba suspendida, y de igual forma se analizará si la accionante tiene derecho a la prestación del servicio médico integral para la patología de “VENAS VARICOSAS DE LOS MIEMBROS INFERIORES SIN ULCERA NI INFLAMACIÓN”.

6.2. Análisis sustancial

6.2.1. Protección por vía de acción de tutela al derecho fundamental a la salud

La consistente y reiterada jurisprudencia emitida por la Honorable Corte Constitucional, ha dispuesto que el derecho a la salud, aunque es considerado como un servicio público, igualmente **es un derecho fundamental de carácter autónomo**⁸.

⁸ Ver sentencias T-760 de 2008 T-650 de 2009. En esta providencia se dijo: “...la salud es un derecho fundamental autónomo cuando se concreta en una garantía subjetiva o individual derivada de la dignidad humana, entendida esta última como uno de los elementos que le da sentido al uso de la expresión ‘derechos fundamentales’, alcance efectuado adicionalmente en armonía con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano (Art. 93 C.P.)”

El artículo 49 de la Constitución Política señala que: *“corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud a los habitantes y (...) establecer las políticas de prestación de servicio de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control.”* Esta facultad que la Constitución le otorga de manera amplia a las instituciones estatales y a los particulares comprometidos con la garantía de prestación del servicio de salud, está conectada con la realización misma del Estado social de derecho y con los propósitos derivados del artículo 2º de la Constitución:

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.”

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la salud se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional. Son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la salud⁹.

El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma en su párrafo 1º que *“toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”*.¹⁰

El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales contiene una de las disposiciones más completas y exhaustivas sobre el derecho a la salud. En su párrafo 1º determina que los Estados partes reconocen que: *“el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas ‘medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho.’*¹¹

⁹ Ver sentencia T-1182 de 2008 que cita: *“El derecho a la salud se reconoce en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el párrafo f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales.”*

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ *Ibidem.*

La Observación General 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales con fundamento en la cual el Comité fijó el sentido y los alcances de los derechos y obligaciones derivados del Pacto, dispuso que: *“la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.”*¹²

Igualmente, dentro del marco jurídico colombiano vigente, si bien la Carta Política de 1991 no catalogó como de primera generación el derecho a la salud, y que éste fue por mucho tiempo exigible únicamente mediante la vía tutelar en conexidad con aspectos como la vida y la dignidad humana de los pacientes, es claro que el legislador dada su relevancia le dio el alcance de derecho fundamental, al expedir la Ley Estatutaria 1751 del 16 de febrero de 2015, la cual en su artículo 2° determinó:

“Artículo 2°. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud.
El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”

Además de lo anterior, la máxima instancia constitucional ha considerado que el servicio a la salud debe prestarse de manera oportuna, eficaz y con calidad, pues solo así existe una verdadera protección del derecho.

6.2.2. Suspensión de afiliación.

El artículo 2.1.3.15 del Decreto 780 de 2016 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”, estableció que la suspensión de afiliación solo opera cuando el cotizante incurra en mora o cuando transcurran tres meses contados a partir del primer requerimiento al cotizante para que acredite la condición de sus beneficiarios, si esto es requerido.

Así mismo, es pertinente referirse a lo precisado por la honorable Corte Constitucional en la sentencia T-015 del 20 de enero de 2021, instaurada por Fanny Matilde Núñez Hernández actuando como agente oficiosa de César Núñez Roca contra la EPS Sanitas S.A., en donde se abordó el tema de la prohibición para las E.P.S. en lo que tiene que ver con la prestación de los servicios de salud sin justificación:

*“(…) en virtud de su estrecha relación entre el acceso efectivo al Sistema de Salud, como servicio público, y el postulado de confianza legítima, derivado del principio de la buena fe (art. 83 de la C.P.), según el cual, los ciudadanos gozan de la certeza de que su entorno no sufra modificaciones abruptas que no desarrollen un fin constitucional legítimo. **En el ámbito de la salud, tal certeza se materializa***

¹² *Ibidem.*

en la garantía de que a los afiliados no se les interrumpirá injustificadamente su tratamiento médico o cualquiera que sea el servicio de salud que se esté prestando, cuya interrupción ponga en peligro los derechos fundamentales a la salud, a la integridad o a la dignidad de los pacientes”.

7. Caso Concreto

En base al material probatorio relacionado, esta Sala observa de los documentos allegados con el escrito de tutela que, la señora BARBARA MARIA MINA TAVERA fue diagnosticada con la patología de “VENAS VARICOSAS DE LOS MIEMBROS INFERIORES SIN ULCERA NI INFLAMACIÓN” y fue remitida por el médico Fredy Pineda Bonilla de la NUEVA E.P.S, mediante orden de remisión a especialistas con No. 7000522468 de 20 de diciembre de 2021, a CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN CIRUGÍA VASCULAR con la CLÍNICA AVIDANTIS S.A.S.

Adicionalmente, de conformidad con las pruebas aportadas por la accionante, se evidencia que, para el 10 de enero de 2022, según consulta de afiliación realizada por CLÍNICA AVIDANTIS S.A.S., el estado de afiliación de la señora BARBARA MARIA MINA TAVERA se encontraba suspendido y, según se narra en el escrito de tutela, debido a esa suspensión no fue atendida en la CLÍNICA AVIDANTIS S.A.S. por la especialidad en cirugía vascular, según se había programado.

En el escrito de tutela se manifestó que la señora BARBARA MARIA MINA TAVERA realizó los trámites correspondientes para ser movilizada al régimen subsidiado de NUEVA E.P.S, por el motivo que su hija dejó de laborar; pero en vista que posteriormente, retomó sus labores, la parte accionada realizó de forma unilateral, sin consulta y sin autorización de la accionante, la movilidad de esta al régimen contributivo en calidad de beneficiaria, no obstante, y de acuerdo al acervo probatorio no hay constancia de la existencia de la autorización que diera justificación a dicha movilidad.

Por lo tanto, esta Sala de entrada precisa que no hay lugar para que la parte accionada denegara la cita del 10 de enero de 2022 por suspensión de la afiliación, en razón a revertir una movilidad al régimen contributivo, que en principio no fue correctamente autorizada, dada las circunstancias unilaterales en que fue realizada por aquella.

Frente a lo expuesto por la tutelante, la entidad accionada, NUEVA E.P.S., en el informe de tutela, refirió que actualmente la accionante se encuentra en estado activo de afiliación, toda vez que por motivo de movilidad del régimen contributivo a subsidiado, se procedió a la activación de afiliación en el último régimen mencionado, como se pudo constatar en el material probatorio relacionado, dando cuenta del estado activo de afiliación en régimen subsidiado, mediante información extraída de la base de datos única del sistema de seguridad social en salud, realizada el 11 de enero de 2022, el cual fue aportado por la señora BARBARA MARIA MINA TAVERA.

Sobre el estudio del asunto que es materia de examen por esta Corporación, es claro que, para determinar las circunstancias por las cuales fue denegado el procedimiento médico que es objeto de la presente acción de tutela, lo cual generó la vulneración del derecho a la salud invocado por la señora BARBARA MARIA

MINA TAVERA, es indispensable analizar la movilidad de afiliados entre regímenes del Sistema de Seguridad Social en Salud y la suspensión de la afiliación, dos figuras que permitirán precisar el grado de responsabilidad de la entidad accionada en la presunta vulneración de derechos de la señora BARBARA MARIA MINA TAVERA.

En ese sentido y como se puede constatar en el material probatorio relacionado, operó una movilidad del régimen contributivo al subsidiado, tal y como se puede observar que, previamente a la asignación del procedimiento médico programado para el 10 de enero de 2022, que fue denegado por la NUEVA E.P.S., la paciente se encontraba bajo el régimen contributivo, tanto así que para el 11 de julio del año 2021, se observa en el documento de consulta de información de afiliados en la base de datos única del sistema de seguridad social en salud, que la suscrita ya figuraba en régimen subsidiado.

La anterior información fue aportada por la señora BARBARA MARIA MINA TAVERA y también confirmada por la NUEVA E.P.S. en la contestación del escrito de tutela, razón por la cual se deduce que la negativa a prestar el procedimiento médico se debió por motivo de la movilidad del régimen, toda vez que NUEVA E.P.S. no logró explicar porque la accionante, el 10 de enero de 2022, figuraba en estado de afiliación suspendido.

Esta Sala concluye que dicho mecanismo de movilidad entre regímenes no puede servir de pretexto para vulnerar el derecho de la paciente a recibir los procedimientos médicos ya ordenados y autorizados, por lo cual, la NUEVA E.P.S. en cumplimiento de la “Garantía de la continuidad en la prestación de los servicios de salud” y pese a la movilidad del régimen, debió prestar el procedimiento médico que a la paciente ya se le había asignado, pero no se le garantizó.

Lo expuesto, tal y como lo refiere el decreto número 1424 de 2019, expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social “Por el cual se sustituye el Título 11 de la Parte 1 del Libro 2, se modifica el artículo 2.1.7.11 y se deroga el párrafo del artículo 2.5.2.2.1.5 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, en relación con las condiciones para garantizar la continuidad de los afiliados de Entidades Promotoras de Salud – EPS.”:

“Artículo 2.1.11.10 Garantía de la continuidad en la prestación de los servicios de salud. Las EPS receptoras de afiliados a quienes las EPS de donde provienen les hubiesen autorizado servicios o tecnologías en salud que a la fecha de asignación no hayan sido garantizados, deberán prestarlos dentro de los 30 días calendario siguientes a la efectividad de la asignación, siempre y cuando no se ponga en riesgo la vida del paciente, caso en el cual deberá garantizar la oportuna atención.

En el caso de servicios y tecnologías autorizados no financiados con cargo a la UPC, la EPS receptora garantizará la continuidad del tratamiento. Así mismo deberá continuar prestando los servicios y tecnologías ordenados por autoridades administrativas o judiciales. En ningún caso se podrán requerir trámites adicionales al afiliado.

A los pacientes con patologías de alto costo, madres gestantes y afiliados hospitalizados, la EPS deberá garantizar la oportunidad y la continuidad en la atención en salud de manera inmediata.”

Sin embargo cabe mencionar cual es el debido proceso que se debe llevar a cabo para efectivizar la movilidad entre regímenes de E.P.S, toda vez que para el presente caso, se pudo observar la inexistencia del segundo requisito para que pueda operar la movilidad de régimen, en la circunstancia tal, que la negativa de prestar el procedimiento médico tutelado se debiera a la movilidad de régimen, toda vez que NUEVA E.P.S. movilizó del régimen subsidiado al régimen contributivo sin que mediara solicitud o autorización de parte de la accionante.

El anterior hecho no fue desvirtuado por la entidad accionada, pues la misma ni siquiera manifestó oposición frente a esta declaración ni aportó documentación que justifique la movilidad, por lo tanto y ante la ausencia de la solicitud por parte del afiliado para hacer efectiva la movilidad ante la E.P.S., no habría lugar en principio para que operase la movilidad del régimen, y mucho menos, que en el marco de la jurisprudencia constitucional la E.P.S. se negara a ofrecer el servicio de salud en el plan de beneficios al cual se hizo la movilización.

Es así como la Corte Constitucional en sentencia T- 089 del 8 de marzo de 2018, en acción de tutela instaurada por Marizol Romero Dueñas como representante legal de su hijo M.A.S.R contra Cafesalud EPS y Salud Total EPS, magistrado José Fernando Reyes Cuartas, estableció los requisitos para que la movilidad de afiliación opere los cuales son:

“(i) Pertener a los niveles I y II del Sisbén o hacer parte de las comunidades indígenas, población desmovilizada, población rom, personas incluidas en el programa de protección de testigos o ser víctimas del conflicto armado.

(ii) Haber solicitado la movilidad ante la EPS”

Para que la movilidad entre regímenes opere, es necesario además que los afiliados manifiesten la voluntad de ejercerla, de conformidad con lo consagrado en el artículo 2.1.7.8. del Decreto único Reglamentario 780 de 2016 que reza:

“El afiliado deberá registrar la solicitud expresa de la movilidad a los integrantes de su núcleo familiar con derecho a ser inscritos, en el formulario físico o electrónico, de acuerdo con lo previsto en el presente decreto.

La novedad de movilidad del régimen contributivo al régimen subsidiado deberá ser registrada por el afiliado al día siguiente de la terminación de la vinculación laboral o de la pérdida de las condiciones para seguir cotizando como independiente y a más tardar el último día calendario del respectivo mes o al día siguiente del vencimiento del período de protección laboral o del mecanismo de protección al cesante, si los hubiere.

La novedad de movilidad del régimen subsidiado al régimen contributivo deberá ser registrada por el afiliado el día en que adquiere una vinculación laboral o las condiciones para cotizar como independiente”.

No obstante, ante la falta de diligencia por parte de la entidad accionada para efectivizar la movilidad de acuerdo a la normatividad vigente, no se puede justificar la vulneración del derecho, toda vez que en este sentido, la Alta Corte ha indicado que las entidades encargadas de prestar **el servicio de salud no pueden trasladar a los usuarios su negligencia frente a los trámites administrativos**, pues esto es gravemente violatorio de los derechos de estos últimos y puede agravar su condición de salud o poner en riesgo su vida; por lo expuesto la entidad accionada no podía impedir el derecho de la accionante a tener acceso al procedimiento médico de “CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN CIRUGÍA VASCULAR”, por simple negligencia frente a trámites administrativos, y menos como consecuencia de una gestión indebida de movilidad entre regímenes, que como se expuso, adoleció de un requisito para que este sea efectivo, es decir, **para que la movilidad entre regímenes opere, es necesario además que los afiliados manifiesten la voluntad de ejercerla**, de conformidad con lo consagrado en el artículo 2.1.7.8. del Decreto único Reglamentario 780 de 2016.

Por otro lado, cabe hacer minucioso estudio de las circunstancias donde puede operar la suspensión de la afiliación, para determinar si a la NUEVA E.P.S. le asistía motivación alguna para suspender la afiliación de la accionante BARBARA MARIA MINA TAVERA y que trajo como consecuencia impedir el acceso al procedimiento médico autorizado a la paciente en mención.

En desarrollo de lo dicho, el Decreto único Reglamentario 780 de 2016 establece las situaciones por la cuales se puede llevar a cabo la suspensión de la afiliación:

“Artículo 2.1.3.15 Suspensión de la afiliación. La afiliación se suspenderá en los siguientes casos: 1. Cuando el cotizante dependiente o independiente o el afiliado adicional incurra en mora en los términos establecidos en los artículos 2.1.9.1 al 2.1.9.5 del presente decreto. 2. Cuando transcurran tres (3) meses contados a partir del primer requerimiento al cotizante para que allegue los documentos que acrediten la condición de sus beneficiarios, si son requeridos según lo dispuesto en el artículo 2.1.2.3 del presente decreto, y éste no haya sido atendido. Lo dispuesto en el presente numeral no será aplicable a las mujeres gestantes ni a los menores de edad.”

Es importante acotar que, al no haber claridad si para el día 10 de enero de 2011, aun operaba la protección laboral, esta Sala prescindirá del análisis correspondiente atinente al periodo de protección laboral que prescribe el artículo 2.1.8.1. del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016, cuando se reporte la novedad de la terminación del vínculo laboral por parte del empleador, o cuando el trabajador independiente reporte que perdió las condiciones para continuar como cotizante, tanto el cotizante como su núcleo familiar gozarán del periodo de protección laboral hasta por un mes, si se estuvo inscrito mínimo los doce meses anteriores a la misma E.P.S., o tres meses si ha inscripción ha sido continua en la E.P.S. durante cinco años o más.

Por lo dispuesto en la actuación de primera instancia, y el material probatorio relacionado, y para dar respuesta al problema jurídico planteado, esta Sala advierte que, la entidad accionada procedió de manera irregular e injustificada a realizar la suspensión de afiliación de la accionante BARBARA MARIA MINA TAVERA, toda vez que, tampoco se le respetó el derecho a **garantizar la continuidad en la**

prestación de los servicios de salud, consagrado en el artículo 2.5.2.2.1.5 del Decreto 780 de 2016, y en tal sentido, la E.P.S debe garantizar a sus afiliados la continuidad de los tratamientos médicos ya iniciados, por lo tanto, en virtud a que el procedimiento objeto de la presente tutela, fue autorizado y ordenado por orden médica (anexo N° 002 folio 6 exp. Juz. Activo.), y en vista a lo precisado por la Corte Constitucional en la sentencia T-015 del 20 de enero de 2021, instaurada por Fanny Matilde Núñez Hernández actuando como agente oficiosa de César Núñez Roca contra la EPS Sanitas S.A., sobre la prohibición para las E.P.S. en lo referido a la interrupción de la prestación de los servicios de salud sin justificación, se evidencia la trasgresión al derecho fundamental a la salud de la tutelante.

En desarrollo de la línea expuesta, esta Sala trae a colación el pronunciamiento de la alta corte, sobre interrupción injustificada de la prestación de los servicios de salud, indicando que las entidades encargadas de prestar el servicio, estarán sujetas a que **“la atención médica debe surtirse de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de integralidad y continuidad, sin que sea constitucionalmente válido que los trámites internos entre EPS e IPS sean imputables para suspender el servicio”**¹³ (Subrayas fuera de texto).

Respecto a la pretensión que fue concedida por el juez de primera instancia, que ordenó a la parte accionada brindar tratamiento integral a la señora BARBARA MARIA MINA TAVERA, y a su vez, que fue objeto de impugnación por NUEVA E.P.S. y en consecuencia materia de estudio, esta Sala advierte las implicaciones del concepto de tratamiento integral, en razón a lo regulado por el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015, a saber: ***“suministrar todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no”***.

Es así como se entrará a determinar si le asiste o no a la paciente el derecho a recibir tratamiento integral por parte de la entidad accionada, y para ello se acogerá el criterio de la jurisprudencia más reciente, en relación a determinar el margen de decisión que tiene el juez constitucional, para ordenar por vía de amparo, la entrega de tratamiento integral por parte de las entidades promotoras de salud.

Por lo dicho se considera que, en base al estudio de la jurisprudencia referida en escrito de impugnación por la parte accionada, y a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional correspondiente al año 2018, no es dable denegar la pretensión acogida en sentencia por los argumentos expuestos en escrito de impugnación, que ajustada al caso concreto de suspensión injustificada de tratamiento médico, indica la carga prestacional que deben soportar las entidades promotoras de salud en caso de su incumplimiento o negligencia para ejecutar los tratamientos autorizados por el médico en servicio.

Es así como la H. Corte Constitucional en sentencia T-527 de 2019 y T-081 de 2019 ha estimado que, la necesidad de brindar un tratamiento integral a los afiliados se desprende del cumplimiento de dos condiciones:

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-239 del 30 de mayo de 2019, referencia: expediente T-7.128.811, acción de tutela formulada por Karina Marcela Guerra Vidal, en representación de su hija Hasly Torres Guerra, contra Compensar EPS, magistrado Alberto Rojas Ríos.

“Al mismo tiempo ha señalado esta corporación que tal principio no puede entenderse solo de manera abstracta. Por ello, para que un juez de tutela ordene el tratamiento integral a un paciente, debe verificarse (i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación^[42], poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte^[43]; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente^[44]. La claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes^[45].”

Así, cuando se acrediten estas dos circunstancias, el juez constitucional debe ordenar a la EPS encargada la autorización y entrega ininterrumpida, completa, diligente y oportuna de los servicios médicos necesarios que el médico tratante prescriba para que el paciente restablezca su salud y mantenga una vida en condiciones dignas. Esto con el fin de garantizar la continuidad en el servicio y evitar la presentación constante de acciones de tutela por cada procedimiento que se dictamine^[46].”

Por lo anterior, esta Sala concluye que, se pudo verificar el cumplimiento de las dos condiciones mencionadas por el juez de primera instancia, por las cuales es factible brindar el tratamiento integral condensada en la pretensión que fue concedida por el juez de primera instancia en el marco de la presente acción de tutela.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se adicionará la sentencia objeto de impugnación, en el sentido que se ordenará publicar la presente providencia en la página web de la NUEVA E.P.S., así como también se ordenará remitir copias con destino a la Superintendencia de Salud.

Planteado así el escenario procesal, esta Corporación acoge la decisión adoptada por el juzgador de primer grado que amparó el derecho fundamental a la salud de la señora BARBARA MARIA MINA TAVERA.

Por lo anterior se profiere la siguiente,

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero: **CONFÍRMESE PARCIALMENTE** la sentencia impugnada, proferida el 25 de enero de 2022 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, en la acción de tutela instaurada por la señora BARBARA MARIA MINA TAVERA, contra la NUEVA E.P.S., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

Segundo: **ADICIONESE** la providencia objeto de impugnación, en el sentido que se ordenará publicar la presente sentencia en la página web de la NUEVA E.P.S., así como también se ordenará remitir copias con destino a la Superintendencia de Salud.

Tercero: Notifíquese la presente decisión a las partes y remítase a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta Providencia fue estudiada y aprobada en Sala del día de hoy.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSE ANDRES ROJAS VILLA
Magistrado



JOSÉ ALETH RUÍZ CASTRO
Magistrado

CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Arturo Arturo Mendieta Rodriguez Rodriguez

Magistrado

Oral 4

Tribunal Administrativo De Ibague - Tolima

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: **886dfc8e7f372f5f82680ecba65a1b2dd5bea0195f81b07e8be1682a2b0b53c7**

Documento generado en 09/03/2022 02:47:46 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>