



**JUZGADO NOVENO CIVIL MUNICIPAL
NEIVA – HUILA**

Neiva, veintinueve (29) de mayo dos mil dieciocho (2018).

Proceso : Tutela 1ª
Radicación : 41001-40-03-009-2018-00362-00
Accionante : Ramiro Díaz Celis
Accionado : Comfamiliar del Huila E.P.S.

I. ASUNTO

Procede el despacho a dictar sentencia al interior de la acción de tutela promovida por la **PERSONERÍA MUNICIPAL DE NEIVA** en nombre del señor **RAMIRO DÍAZ CELIS** contra **COMFAMILIAR DEL HUILA E.P.S**

II. ANTECEDENTES PROCESALES

Pretendiendo el resguardo de sus derechos fundamentales a la salud, integridad física y vida en condiciones, la **PERSONERÍA MUNICIPAL DE NEIVA** en nombre del señor **RAMIRO DÍAZ CELIS** promueve acción de tutela contra **COMFAMILIAR DEL HUILA E.P.S.**, sustentada en los siguientes supuestos fácticos:

El accionante se encuentra afiliado en el régimen subsidiado del Sistema de Seguridad Social en Salud por medio de Comfamiliar del Huila E.P.S.

El accionante fue diagnosticado con "**RETINOPATIA DIABÉTICA (E10-E14A CON CUARTO CARÁCTER COMÚN)**", razón por la que su médico tratante el recetara el procedimiento denominado "**FOTOCOAGULACIÓN LÁSER ARGÓN OI**", sin que a la fecha el mismo haya sido autorizado y practicado.

En consecuencia, pide se tutele los derechos fundamentales deprecados y se ordene a la EPS accionada, autorizar y realizar el procedimiento antes mencionado, así como también brinde un tratamiento integral.

2.1 Mediante auto de fecha 18 de mayo del año que avanza¹, se admitió la tutela de la referencia, ordenándose la notificación a la entidad accionada como de la vinculada Secretaría de Salud Departamental del Huila.

2.2 La **SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL HUILA** a través de un profesional universitario adscrito a esa dependencia, informa que consultada la base de datos "**ADRES**" constató que el señor **RAMIRO DÍAZ CELIS** se encuentra afiliado en el régimen subsidiado de salud a través de **COMFAMILIAR E.P.S.** en estado activo del municipio de Neiva (H), entonces, es la EPS-S la entidad obligada, en primer lugar, a garantizar la prestación de los servicios de salud requeridos por el afiliado.

¹ Folio 15 del Cdno Ppal.



**JUZGADO NOVENO CIVIL MUNICIPAL
NEIVA – HUILA**

Precisa que en el caso concreto, se debe dilucidar si el procedimiento Fotocoagulación Láser Argón OI está o no incluido dentro del POS, y qué entidad es la responsable de la prestación de dichos servicios de salud.

Que conforme a la Resolución 5269 de 2017, por medio de la cual se actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación, el usuario tiene derecho a los beneficios POS total, los cuales se le garantizan por intermedio de su EPS y su red de prestadores de servicios.

Indica que a ese ente territorial nunca se ha dirigido solicitud alguna por parte de la empresa prestadora de salud, el accionante o su núcleo familiar tendiente a obtener autorización de servicios de salud.

Concluye solicitando se exonere a esa Secretaría de cualquier responsabilidad frente a la posible violación de los derechos fundamentales del ofendido, y, en cambio, se exija a **COMFAMILIAR DEL HUILA E.P.S.** cumplir con su obligación de garantizar de forma oportuna, integral y eficiente los servicios de salud.

2.3. COMFAMILIAR DEL HUILA E.P.S-S, pese haber sido notificada, no guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

3.1. COMPETENCIA

Conforme con lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto Extraordinario 2591 de 1991, es competente este despacho Judicial, para conocer de la presente solicitud de amparo.

3.2. ANÁLISIS DEL DESPACHO

A partir de los hechos y elementos probatorios allegados al proceso, le corresponde a este despacho, determinar si **COMFAMILIAR E.P.S.** y/o la dependencia vinculada, vulneran los derechos fundamentales del señor **RAMIRO DÍAZ CEDEÑO**, al no autorizar y practicar el procedimiento prescrito por el galeno tratante. De igual manera, le incumbe a este órgano judicial estudiar la viabilidad del suministro del tratamiento integral.

Reiteradamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha manifestado que, de conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, *"la salud tiene una doble connotación: como derecho y como servicio público"*², precisando que todas las personas deben acceder a él, y que al Estado le corresponde

² Sentencias T-134 de 2002 MP. Álvaro Tafur Galvis y T-544 de 2002 MP. Eduardo Montealegre Lynett.



JUZGADO NOVENO CIVIL MUNICIPAL NEIVA – HUILA

organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación atendiendo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.³

Aunque inicialmente, la jurisprudencia consideró que la fundamentalidad del derecho a la salud dependía de su vínculo con otro derecho distinguido como fundamental - *tesis de la conexidad* -, y por tanto, solo podía ser protegida por vía de tutela cuando su vulneración implicara la afectación de otros derechos de carácter fundamental, como el derecho a la vida, la dignidad humana o la integridad personal; esa posición varió a partir de la sentencia T-760 de 2008⁴.

En esa providencia la Corte Constitucional argumentó que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo, y como tal, lo definió como un derecho complejo, que protege múltiples ámbitos de la vida humana, desde diferentes perspectivas. De allí que concluyó, que su ámbito de protección, no está delimitado por los planes obligatorios de salud, de manera que la prestación de un servicio de salud debe suministrarse aunque no esté incluido en dicho plan, cuando estos se requieren con necesidad, el cual puede comprometer en forma grave la vida digna de la persona o su integridad personal.

La citada sentencia señaló:

"En tal sentido, el ámbito del derecho fundamental a la salud está delimitado por la dogmática constitucional, que reconoce los contenidos garantizados a las personas en virtud del mismo. El ámbito de protección, por tanto, no está delimitado por el plan obligatorio de salud. Puede existir un servicio de salud no incluido en el plan, que se requiera con necesidad y comprometa en forma grave la vida dignidad de la persona o su integridad personal.

3.2.1.3. Así pues, considerando que "son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo", la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, 'de manera autónoma', cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.⁵

³ Sentencias T-207 de 1995 MP. Alejandro Martínez Caballero; T- 409 de 1995 MP. Antonio Barrera Carbonell y C-577 de 1995 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴ MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵ En la sentencia T-859 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett) se dice al respecto: "Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho,



JUZGADO NOVENO CIVIL MUNICIPAL NEIVA – HUILA

Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela.⁶ La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.⁷"

De lo expuesto se colige que el derecho a la salud es un derecho fundamental de todos los habitantes del territorio nacional que debe ser respetado y protegido y, que puede ser invocado a través de la acción de tutela cuando este resultare amenazado o vulnerado, para lo cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos vulnerados.

Igualmente la Corte Constitucional, ha señalado que cuando el desconocimiento injustificado de las prestaciones económicas o asistenciales establecidas en ese sistema afecte de manera directa derechos fundamentales como el mínimo vital, la vida o la dignidad humana, resulta procedente el presente mecanismo, para ordenar la prestación de servicios médicos, incluso aquellos que están excluidos del Plan Obligatorio de Salud (POS).

En el asunto sometido a escrutinio, pretende la parte actora se ordene a la accionada, la autorización y practica del procedimiento denominado "FOTOCOAGULACIÓN LÁSER ARGÓN OI" prescrito por el médico tratante.

Verificada la Resolución 5269 de 2017, por medio de la cual se actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud, encuentra el despacho que el

de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas - contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos. || 13. La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental." Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-060 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-148 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

⁶ Esta decisión ha sido reiterada en varias ocasiones, entre ellas en la sentencia T-076 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-631 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-837 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) en este caso la Corte consideró que "(...) tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. En consecuencia, no es necesario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de la acción de tutela (...)" En este caso se tuteló el acceso de una persona beneficiaria del régimen subsidiado a servicios de salud incluidos en el POSS (Histerectomía Abdominal Total y Colporrafia posterior) pero cuya cuota de recuperación no podía ser cancelada por el accionante.

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2007 (MP Antonio Humberto Sierra Porto) se autorizó la práctica de la cirugía plástica ordenada por el médico cirujano, con el propósito de extraer el queloides que tenía la menor beneficiaria de la tutela en el lóbulo de su oreja izquierda, aun cuando la función auditiva de la menor no se veía afectada. Para la Corte "[n]o se trata de una cirugía cosmética o superflua sino de una intervención necesaria y urgente recomendada por el médico cirujano y relacionada con la posibilidad de superar problemas de cicatrización que presenta la niña. (...) de manera que pueda recuperar su apariencia normal y restablecer de manera integral su salud."



**JUZGADO NOVENO CIVIL MUNICIPAL
NEIVA – HUILA**

procedimiento denominado "FOTOCOAGULACIÓN LÁSER ARGÓN OI" no se encuentra allí enlistado.

Respecto a la procedencia de la acción de tutela para obtener el amparo del derecho fundamental de salud, cuyo goce efectivo depende de la prestación de procedimientos, diagnósticos, intervenciones y medicamentos excluidos del plan obligatorio de salud (POS), la Corte Constitucional definió las siguientes reglas:

1ª. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado (...).

2ª. Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.

3ª. Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido (...).

4ª. Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante¹⁸.

Partiendo del hecho indiscutible que se trata de procedimiento excluido del POS, es necesario verificar si se acreditan los lineamientos diseñados por la jurisprudencia constitucional que permitan su otorgamiento. Esas condiciones se encuentran plenamente satisfechas en el caso bajo examen. En efecto, (i) el procedimiento ordenado es necesario para el tratamiento de la patología que afronta el accionante, el que sin duda alguna propende por la salvaguarda de su derecho a la salud y a la vida. (ii) Está claro que ese procedimiento no cuenta con un insumo sustituto dentro del Plan de Beneficios, en tanto, no fue acreditado por la accionada, lo que excluye que pueda ser sustituido (iii) el hecho de estar afiliado al régimen subsidiado permite inferir o presumir su falta de capacidad económica y (iv) el procedimiento fue ordenado por el médico tratante, como lo certifica la orden y prescripción adosada al plenario (Fl.8).

Así las cosas, el despacho considera que se cumple con la totalidad de los requisitos jurisprudenciales que exige la H. Corte Constitucional para inaplicar el Plan de Beneficios y ordenar la autorización y práctica del procedimiento pretendido.

Finalmente, sobre la solicitud de tratamiento integral que pide la accionante, la Corte en sentencia T -940 de 2014, expresó: "El juez debe ordenar la

4 ver sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, reiterada en T-355 de 2012.



**JUZGADO NOVENO CIVIL MUNICIPAL
NEIVA – HUILA**

entrega de todos los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, cuando la entidad encargada de ello no ha actuado con diligencia y ha puesto en riesgo sus derechos fundamentales⁹, siempre que exista claridad sobre el tratamiento a seguir, a partir de lo dispuesto por el médico tratante. Lo anterior ocurre, por una parte, porque no es posible para el juez decretar un mandato futuro e incierto, pues los fallos judiciales deben ser determinables e individualizables; y por la otra, porque en caso de no puntualizarse la orden, se estaría presumiendo la mala fe de la entidad promotora de salud, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados, en contravía del mandato previsto en el artículo 83 de la Constitución¹⁰. Por esta razón, en sede de tutela, se ha considerado que el suministro del tratamiento integral se sujeta a las siguientes condiciones, en primer lugar, que la EPS haya actuado negligentemente en la prestación del servicio y, en segundo lugar, que exista una orden del médico tratante especificando las prestaciones necesarias para la recuperación del paciente, la cual, como se mencionó en el acápite anterior, se convierte en un límite para la actuación del juez de tutela, a partir de la aplicación de los criterios de necesidad, especialidad y responsabilidad."

Partiendo del anterior criterio jurisprudencial, emerge diáfano que en el caso bajo examen, la pretensión de integralidad invocada no está llamada a prosperar, porque más allá de lo aquí ordenado, no existe prestación concreta en salud que pueda ser autorizada por el juez de tutela.

En ese orden de ideas se accederá parcialmente a la tutela de los derechos fundamentales invocados a favor del señor RAMIRO DÍAZ CELIS, conforme se reflejará en la parte resolutive de esta decisión.

En virtud de lo anterior, el Juzgado Noveno Civil Municipal de Neiva (H), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

IV. RESUELVA:

PRIMERO.- CONCEDER la tutela del derecho a la salud del señor RAMIRO DÍAZ CELIS, según se expuso precedentemente.

SEGUNDO.- ORDENAR a COMFAMILIAR DEL HUILA E.P.S., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este proveído, proceda a realizar los trámites administrativos necesarios, con el fin **AUTORIZAR** y **PRACTICAR** el procedimiento denominado

⁹ Sentencias T-702 de 2007 y T-727 de 2011.

¹⁰ "Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas."

¹¹ Sentencias T-320 de 2013 y T-433 de 2014. No sobra aclarar que estos requisitos deben ser examinados con menor rigurosidad en aquellos casos en que una persona padezca enfermedades catastróficas.



**JUZGADO NOVENO CIVIL MUNICIPAL
NEIVA - HUILA**

"FOTOCOAGULACIÓN LÁSER ARGÓN OI", a favor del señor RAMIRO DÍAZ CELIS, el cual puede superar el término máximo de diez (10) días.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda de tutela.

CUARTO.- DISPONER que COMFAMILIAR DEL HUILA E.P.S. está facultada para efectuar el recobro correspondiente con cargo a la SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL HUILA de acuerdo a lo dispuesto en la parte motiva y con arreglo a la legislación vigente sobre la materia, ÚNICAMENTE respecto del procedimiento NO POS aquí autorizado.

QUINTO.- En el evento de que este fallo no fuere impugnado, envíense las presentes diligencias para que ante la Honorable Corte Constitucional, se surta la eventual revisión de que trata la ley.

SEXTO.- Notificar a las partes del contenido del presente fallo por el medio más expedito (Art. 30 Decreto 2591).

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


YINA PAOLA HERRERA CARVAJAL
Jueza