

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA - Agencia oficiosa en acción de tutela / AGENCIA OFICIOSA - Requisitos / AGENTE OFICIOSA - Legitimación por activa para actuar en nombre de su padre en acción de tutela por no estar en condiciones de promover su propia defensa

La señora Luna Jaimes presentó, a nombre de su padre Rodrigo Luna Africano acción de tutela contra la Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado de la Sociedad Solidaria de Salud - EPS-S Solsalud- y el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander por la omisión en el cumplimiento de una orden médica consistente en la remisión al Instituto Nacional de Cancerología y la negligencia en el suministro de los medicamentos que requiere el paciente para su tratamiento, lo que vulneró los derechos fundamentales invocados. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela puede ser promovida por cualquier persona, ya sea por sí misma o por medio de un tercero que actúe en su nombre, cuando sus derechos constitucionales fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y, excepcionalmente, por los particulares. En desarrollo de este precepto constitucional el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 indicó que la acción de tutela puede ser ejercida directamente por la persona afectada o por medio de un representante, caso en el cual los poderes se presumirán auténticos. A su vez, el inciso segundo de esta disposición establece la posibilidad de ejercer la acción de tutela a través de la agencia oficiosa, cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que debe manifestarse en la solicitud. Asimismo, podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales, en guarda de los derechos fundamentales. En ese orden de ideas, para que opere la figura de la agencia oficiosa, es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos, que: "(1) el actor en el proceso de amparo actúa a nombre de otra persona y (2) de la exposición de los hechos resulta evidente que el agenciado se encuentra imposibilitado para interponer la acción por su propia cuenta". En el caso que nos ocupa, esta Sala encuentra configurados los requisitos antes mencionados ya que: (i) la señora Luna Jaimes manifiesta que está actuando como agente oficiosa de su padre Rodrigo Luna Africano; y (ii) del escrito de tutela se desprende claramente que el señor Luna Africano se encuentra imposibilitado para ejercer su propia defensa, en razón a su delicado estado de salud, pues desde el 2008 padece de un "tumor mesenquimal maligno de bajo grado" y como consecuencia de ello, ha tenido que soportar fuertes dolores y someterse a múltiples valoraciones, exámenes y tratamientos. Por lo anterior, se declarará la legitimidad de la señora María Fernanda Luna Jaimes para promover el amparo como agente oficiosa de su padre, motivo por el cual presenta la tutela a su nombre, hipótesis que cumple con la exigencia del artículo 10° del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional, que son: (i) la imposibilidad del titular del derecho para promover su propia defensa y (ii) la manifestación que en este sentido haga quien le representa.

NOTA DE RELATORIA: Sentencia T-459 DE 2007, Corte constitucional.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2591 DE 1991 - ARTICULO 10

SERVICIO DE SALUD NO INCLUIDO EN EL POS - Presupuestos para acceder a los servicios de salud que requieran con necesidad, estén o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud / REGIMEN SUBSIDIADO EN SALUD - Las entidades territoriales, tienen el deber legal de adoptar medidas de fondo para minimizar la ocurrencia de eventos adversos que puedan vulnerar los derechos fundamentales a la salud y la vida de los afiliados

En la sentencia T-375 de 2012, la Corte Constitucional reiteró que “todos los usuarios del Sistema de Salud tienen derecho a acceder a los servicios de salud que requieran con necesidad, estén o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud”, regla que recoge, cuatro presupuestos que se deben cumplir en el caso concreto, para que se proteja el derecho de una persona a acceder a un servicio de salud no incluido en el POS; esos presupuestos son, a saber:(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el Plan Obligatorio de Salud; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo. Y se deberá entender, entonces, de acuerdo con la jurisprudencia, que un servicio “se requiere” cuando se cumplen las condiciones (i), (ii) y (iv) de la regla enunciada, y “con necesidad” cuando se cumple la condición (iii). No obstante lo anterior, como primera medida, es válido aclarar que la Superintendencia Nacional de Salud, mediante Resolución 735 del 6 de mayo de 2013, ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar el Programa de Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo EPS y el Programa de Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado EPSS de la Sociedad Solidaria de Salud EPS S.A. Las razones para intervenirla tuvieron que ver, entre otras, con el no pago de sus obligaciones a la red prestadora de servicios de salud, falta de confiabilidad de sus estados financieros, reiterados incumplimientos a las órdenes de la Superintendencia, desconocimiento de las normas sobre contratación con las Empresas Sociales del Estado y un margen de solvencia negativo. Así las cosas, con el fin de proteger el derecho de los usuarios al aseguramiento, el acceso al servicio de atención en salud sin barreras, y teniendo en cuenta que con la situación descrita se genera el supuesto de incumplimiento por fuerza mayor de mantener la promesa de obtener servicios en una determinada red de prestadores, en ejercicio de sus competencias legales de inspección, control y vigilancia, la Superintendencia Nacional de Salud expidió la circular 04 de mayo 4 de 2013 en la que señala, de manera textual, lo siguiente en relación con los afiliados al régimen subsidiado en salud: “En aras de garantizar la adecuada prestación de los servicios y la protección de la vida de la población afiliada a las EPS y EPSS objeto de intervención forzosa Administrativa para liquidar siempre y cuando se incumpla la promesa de obtener servicios en una determinada red de prestadores, la Superintendencia Nacional de Salud emite las siguientes instrucciones: 1. Las entidades territoriales, en su calidad de garantes de la protección de los servicios de salud en condiciones dignas y para conjurar hechos lesivos a la población, tienen el deber legal de adoptar medidas de fondo para minimizar la ocurrencia de eventos adversos que puedan vulnerar los derechos fundamentales a la salud y la vida de los afiliados”. En ese orden de ideas, en el término de las competencias contenidas en el numeral 43.4.1 del artículo 43 de Ley 715 de 2001, le corresponde a las Secretarías de Salud ejercer, en su jurisdicción, la vigilancia y el control del aseguramiento en el sistema general de seguridad social en salud en el municipio y en los regímenes de excepción de la Ley 100 de 1993 con el propósito de hacer seguimiento a la garantía de acceso a los servicios de salud. Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1º del Acuerdo 415 de 2009 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud que dispone: Artículo 1. Objeto. El presente Acuerdo define la forma y condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud. En consecuencia, a través del mismo se determinan los criterios para identificar y seleccionar a los beneficiarios de los

subsidios, el procedimiento de afiliación, así como las condiciones de permanencia y pérdida del subsidio. De otra parte, se especifican las condiciones del proceso de contratación entre las Entidades Territoriales responsables de la operación del Régimen Subsidiado y las EPS-S. Así como, se fijan las condiciones de la operación regional de las EPS y la forma en que los departamentos deberían asumir la competencia de manera cautelar en los casos en que una entidad territorial municipal no opere eficientemente el Régimen Subsidiado.

DERECHO A LA SALUD - Comprende toda situación que haga indigna la existencia y dificulte una buena calidad de vida de las personas / INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NORTE DE SANTANDER - Le corresponde sufragar los gastos de transporte y estadía del paciente y su acompañante / SERVICIO DE SALUD - El transporte y la estadía no son servicios médicos pero sí son medios necesarios para acceder a los procedimientos, medicamentos y demás prestaciones de este servicio / ACCION DE TUTELA - Derecho a la salud

La controversia planteada en el presente caso surge por la omisión de la EPS-S Solsalud de remitir al señor Rodrigo Luna Africano al Instituto Nacional de Cancerología ubicado en la ciudad de Bogotá para la asignación de la cita para consulta con manejo interdisciplinario de médicos especialistas en cirugía de tórax, cirugía vascular, cirugía de tejidos blandos y ortopedia y entregar los medicamentos, ordenados el 14 de marzo de 2013 por el médico tratante adscrito a la ESE Hospital Universitario Erasmo Meoz para el tratamiento oncológico que requiere el agenciado. Además de lo anterior, porque a la fecha tampoco le han sido practicados los exámenes. Una vez revisados los hechos y las pruebas obrantes en el expediente, encuentra la Sala que la persona a favor de quien se interpone la acción hace parte del Régimen Subsidiado de salud, SISBEN nivel 1 y padece "sarcoma fusocelular de bajo grado", una enfermedad catastrófica diagnosticada desde el año 2008. Ante la gravedad de los padecimientos del señor Luna Africano se remite a instituto nacional de cancerología - carácter prioritario"; sin embargo, Solsalud no atendió lo ordenado por los médicos tratantes y al expedir la autorización para valoración por oncología remitió al paciente a la Sociedad Oncológica Oncocare Ltda., en donde según lo afirma la parte actora no se prestaron los servicios de salud "por falta de contrato" con la EPS. Teniendo en cuenta que el derecho a la salud no se circunscribe a garantizar aquellos servicios que se requieren para superar una situación inminente de muerte, sino que también comprende toda situación que haga indigna la existencia y dificulte una buena calidad de vida de las personas, es evidente que la falta de diligencia de la EPS accionada ha entorpecido el tratamiento que de manera urgente requiere el señor Luna Africano dada su patología. Así las cosas, mientras se cumple lo establecido en el artículo 50 del Acuerdo 415 de 2009 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, esto es, entre tanto el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander junto con el Agente Liquidador de la EPS-S Solsalud efectúen el traslado o afiliación del señor Rodrigo Luna Africano a otra EPS-S inscrita y habilitada por la Superintendencia Nacional de Salud para la operación del régimen subsidiado, en virtud de la circular 004 de 2013 corresponderá al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander garantizar al paciente la prestación efectiva del servicio de salud conforme a su patología. Lo anterior, deberá incluir la remisión al Instituto Nacional de Cancerología con sede en Bogotá para que le sean practicados los exámenes ordenados por dicha entidad y el suministro de los medicamentos requeridos para tratar su enfermedad. Sumado a ello, toda vez que, en este caso, el señor Luna Africano hace parte del régimen subsidiado en salud, SISBEN nivel 1, se presume que no cuenta con los medios económicos para acceder a los servicios de salud

que requiere, concretamente, para sufragar el transporte de Cúcuta a Bogotá, lugar a donde fue remitido por su médico tratante, para que se tenga un manejo interdisciplinario con varios especialistas, razón por la que se ordenará al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander trasladar al señor Rodrigo Luna Africano por vía aérea hasta esta ciudad y a sufragar los costos de la estadía de él y su acompañante, en caso de ser ésta necesaria. Además, como no se tiene certeza del tiempo que va a permanecer el señor Luna Africano en la ciudad de Bogotá, mientras accede a los servicios de salud que requiere, con el fin de proteger sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, también se ordenará que el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander sufrague los costos de la estadía, de ser ésta necesaria. Se advierte que si bien el transporte y la estadía no son servicios médicos propiamente dichos, sí son medios necesarios para acceder a los procedimientos, medicamentos y demás prestaciones del servicio de salud, razón por la que cuando un usuario no tiene recursos económicos, es la EPS-S la entidad responsable de asumirlos, pero de acuerdo con lo expuesto en párrafos anteriores, dicha obligación recae sobre el ente territorial, es decir está en cabeza del Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander. En relación con la exoneración de los copagos, se advierte que solamente los afiliados del régimen subsidiado en salud clasificados en el nivel 1 del Sisbén o el instrumento que lo reemplace están exentos de pagar copagos cualquiera sea la edad y el servicio o la causa de la atención. Dicha disposición está estipulada en la Ley 1122, Capítulo IV, artículo 14, literal g) y en el Acuerdo 365 del CNSSS. Así, es forzoso concluir que el servicio reclamado es necesario para preservar la vida e integridad del peticionario, en condiciones dignas, razón por la que la Sala, modificará el fallo impugnado por las razones citadas en precedencia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 54001-23-33-000-2013-00226-01(AC)

Actor: MARIA FERNANDA LUNA JAIMES

Demandado: INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NORTE DE SANTANDER Y EPS-S SOLSALUD EN LIQUIDACION

La Sala decide las impugnaciones interpuestas por el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander y la parte actora contra la providencia de 25 de julio de 2013, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Norte de Santander amparó los derechos fundamentales a la salud y a la vida del señor Rodrigo Luna Africano.

I. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud

El 9 de julio de 2013 la señora María Fernanda Luna Jaimes, actuando como agente oficiosa de su padre, el señor Rodrigo Luna Africano, presentó acción de tutela contra la Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado de la Sociedad Solidaria de Salud - EPS-S Solsalud- y el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander¹ para reclamar el amparo de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social y a la igualdad, los cuales considera vulnerados ante la omisión en el cumplimiento de la orden médica consistente en la remisión del señor Luna Africano al Instituto Nacional de Cancerología y la negligencia en el suministro de los medicamentos que requiere para su tratamiento.

1.2. Hechos

- El señor Rodrigo Luna Africano hace parte del nivel 1 del SISBEN en el municipio de Cúcuta y por pertenecer al Régimen Subsidiado está vinculado a Solsalud EPS - S.
- En la actualidad se encuentra en un delicado estado de salud, pues desde el 2008 le fue diagnosticado un *“tumor mesenquinal maligno de bajo grado”*. Como consecuencia de ello, ha tenido que soportar fuertes dolores y someterse a múltiples valoraciones, exámenes y tratamientos.
- Después de que el Instituto Nacional de Cancerología, en informe de 7 de enero de 2009 ratificó la presencia de *“sarcoma fusocelular de bajo grado (tumor vainal neural periférica vs. fibrosarcoma)”*, se programó una intervención quirúrgica consistente en *“resección de tumor operado”*, *“planectomía mediastinal”* y *“ligadura de vaso torácico”*.

¹Establecimiento público del orden departamental, con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y financiera, creado mediante Ordenanza 018 de 18 de julio de 2003 por la Asamblea del Departamento de Norte de Santander.

- Según consta en la historia clínica externa de la ESE Hospital Universitario Erasmo Meoz, el 19 de noviembre de 2009² le fue hallado un *“tumor benigno del tejido conjuntivo y de otros tejidos blandos del tronco”*.
- Como la salud del señor Luna Africano empeoró, el 21 de febrero de 2013 la ESE Hospital Universitario Erasmo Meoz le realizó la primera *“Junta de tórax”* ante la sospecha de recaída tumoral³.
- El 14 de marzo de 2013 se llevó a cabo la segunda *“Junta de tórax”* y en ella se determinó *“(…) la posibilidad de procedimiento quirúrgico (…) enfocado a resección curativa vs. Resección diagnóstica en la ciudad o CENTRO ONCOLOGICO (Instituto Nacional de Cancerología) con la participación de Cirujano Torácico - Cirujano Vascular - Cirujano de Tejidos Blandos - ORTOPEDISTA - SE REMITE A INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA - CARACTER PRIORITARIO”*, tal como se ordenó en el formato de *“fórmula médica y/o solicitud de dispositivos médicos”* obrante en folio 21, como consecuencia del sarcoma recurrente de operado torácico.

No obstante lo anterior y pese a la recomendación del médico tratante, Solsalud EPS-S desatendió la orden y remitió al señor Luna Africano a la Sociedad Oncológica ONCOCARE Ltda⁴, en donde según lo afirma la parte actora no se prestaron los servicios de salud *“por falta de contrato”* con la EPS. Aunado a ello, aunque manifestó que subsidiaría el transporte hasta la ciudad de Bogotá *“para el usuario”*, según lo afirma la parte actora, esto no ocurrió y el paciente tuvo que asumir los gastos de traslado de él y de su acompañante.

- Posteriormente, le fue expedida una nueva autorización para *“PAQUETE CONSULTA ESPECIALIZADA AMBULATORIA PARA MES DE JUNIO DE 2013 PACIENTE DE 47 AÑOS CON DX: TUMOR MALIGNO DEL TEJIDO CONJUNTIVO Y TEJIDO BLANDO DEL TORAX POR EVENTO SUJETO A PERTINENCIA MEDICA (...)”*, esta vez para que el agenciado recibiera atención en la Unidad Médica Oncológica ONCOLIFE IPS S.A.S. y de acuerdo con lo manifestado por la parte actora, tampoco le brindaron el servicio pues no le fue asignada la cita.

² Folio 16.

³ Folio 19.

⁴ Folio 24.

- Sostuvo que el 26 de abril de 2013, el señor Luna Africano fue valorado por un especialista, quien le ordenó la práctica de un examen “ACAF”⁵. El mismo fue realizado por la Unidad Médica Oncológica ONCOLIFE IPS S.A.S. y dio como resultado: “*MASA SUPRACLAVICULAR. ESTUDIO CITOLOGICO DEL ACAF: EXTENDIDO HEMORRAGICO*”.
- Teniendo en cuenta lo anterior y ante la omisión de Solsalud en remitir al actor al Instituto Nacional de Cancerología, el señor Luna Africano pudo conseguir que lo atendieran por consulta particular y tuvo que asumir los gastos de la misma. Aunque le fueron ordenados unos exámenes, éstos se encuentran pendientes de realizar, así como la autorización para la entrega de los medicamentos formulados para aliviar el dolor.
- Como medida provisional solicitó se ordene a Solsalud EPS-S autorizar i) la entrega de los medicamentos formulados para mitigar el fuerte dolor que aqueja al agenciado y ii) los exámenes y valoraciones ordenadas por el Instituto Nacional de Cancerología cuya práctica está pendiente.
- Teniendo en cuenta que la situación de salud en la que se encuentra el señor Luna Africano le impide promover directamente la solicitud de amparo en causa propia, su hija María Fernanda Luna Jaimes la interpone, en calidad de agente oficiosa.

1.3. Pretensiones

Solicita la protección de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social y a la igualdad del señor Rodrigo Luna Africano, al considerarlos vulnerados por Solsalud EPS-S y el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander y que se ordene a las accionadas que i) cumplan la remisión dada por el médico tratante para que el paciente sea atendido en el Instituto Nacional de Cancerología; ii) legalicen las órdenes médicas que se presenten y autoricen todos los procedimientos, medicamentos y elementos que requiera; iii) garanticen los desplazamientos en ambulancia o vía aérea, la hospitalización dentro y fuera de la ciudad, gastos de alimentación, estadía para él y su acompañante y iv) lo exoneren de la cancelación de copagos.

⁵ Significa “*Aspiración con aguja fina*”.

Además, *“que se ordene a las tuteladas, cancelar dentro de las 24 horas siguientes a la generación de la formulación médica, los anticipos a sus proveedores de bienes y servicios cuando estos deban realizarse para prestar cualquier servicio de salud a mi padre”* y se les autorice para *“repetir contra el FOSYGA, por los gastos NO POS - S en que incurra frente al cumplimiento de esta tutela”*.

1.4. Sustento de la vulneración

Consideró que reiteradamente la EPS-S Solsalud ha incumplido con la orden de remisión consistente en el manejo interdisciplinario por parte del Instituto Nacional de Cancerología y ha omitido expedir la autorización de los medicamentos que requiere el señor Luna Africano y como consecuencia de ello, el tutelante ha tenido que costear y asumir los gastos requeridos para su tratamiento como particular y no a cargo de la referida EPS.

1.5. Trámite de la acción de tutela

Por reparto correspondió en primera instancia al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cúcuta con función de conocimiento que en auto de 9 de julio de 2013 declaró la falta de competencia fundado en que *“la parte accionada se encuentra en intervención forzada de conformidad con lo establecido en el artículo 68 de la Ley 715 de 2001 por la Superintendencia Nacional de Salud”*. En consecuencia, ordenó su remisión a la Oficina Judicial de la ciudad de Cúcuta para que procediera a su reparto *“entre los diferentes magistrados del Tribunal Superior de Distrito Judicial, Administrativos y Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura, de San José de Cúcuta (Reparto)”*.

Por auto de 12 de julio de 2013, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander accedió a la medida provisional solicitada por la parte actora y en consecuencia ordenó al Instituto Departamental de Salud⁶ que en el término de un (1) día suministrara al señor Rodrigo Luna Africano los medicamentos recetados para su tratamiento.

⁶ El *a quo* impartió la orden al IDS teniendo en cuenta que mediante Resolución 735 de 6 de mayo de 2013, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar la EPS-S Solsalud S.A. y de acuerdo con lo dispuesto en la Circular 04 de mayo 4 de 2013.

Además de lo anterior, admitió la solicitud de amparo, ordenó la notificación a las accionadas y vinculó al Agente Especial Liquidador del Programa de Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado de la EPS-S Solsalud y al Director del Hospital Universitario Erasmo Meoz como terceros, para que rindieran informes sobre los hechos de la presente acción.

Finalmente, ordenó oficiar al Hospital Universitario Erasmo Meoz para que de acuerdo con la historia clínica del señor Luna Africano remitiera un resumen en el que se indicara la atención prestada, su estado de salud actual y las órdenes prescritas para el adecuado tratamiento de la enfermedad que padece.

1.6. Contestación de las entidades acusadas

1.6.1. Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander (IDS)

La entidad a través de la Oficina Jurídica solicitó que se ordene a la EPS-S Solsalud asumir y prestar los servicios de salud en forma integral que se requieran en la recuperación de la patología que actualmente presenta el agenciado y que se le excluya de la presente acción, teniendo en cuenta que la responsable de la atención del paciente es la referida EPS.

Manifestó que una vez revisada la base única de afiliados al sistema de seguridad social en salud, constató que el señor Rodrigo Luna Africano *“se encuentra afiliado en el régimen subsidiado en la EPS-S SOLSALUD en el municipio de CUCUTA-NORTE DE SANTANDER, siendo su estado actual ACTIVO”*.

Aseveró que no ha vulnerado derecho fundamental alguno, porque en la unidad de correspondencia de la entidad no reposa requerimiento de medicamentos, exámenes o procedimientos hechos por la EPS o IPS tratante por considerar que no están obligadas a suministrarlo.

Frente a la medida provisional afirmó que dio traslado a la Coordinación del Subgrupo de Prestación de Servicios para su concepto de pertinencia, previo cumplimiento de la misma.

Indicó que es la EPS a quien le corresponde garantizar la atención integral que requiera el paciente en los términos del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado con

cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC) por encontrarse dichos servicios en la cobertura del referido plan, el cual incluye tanto los medicamentos que fueron recetados como los procedimientos y exámenes ordenados por el Instituto Nacional de Cancerología, los cuales aún no le han sido practicados.

En relación con la pretensión de la parte actora consistente en el transporte a la ciudad de Bogotá sostuvo que por regla general, los pacientes “ambulatorios” deberán asumir directamente los costos de aquellos gastos no incluidos en el plan de beneficios vgr. transporte o traslado, cuando la prestación médica reclamada no puede ser garantizada en su ciudad de residencia, ya que la excepción del artículo 43 del Acuerdo 29 de 2011 no aplica, teniendo en cuenta que las EPS del régimen subsidiado no reciben la UPC adicional o diferencial para este concepto. No obstante lo anterior, advirtió que pese a que este servicio no se encuentra expresamente cubierto por el POS-S, la EPS-S debe someter a consideración del respectivo comité técnico científico para que la apruebe y de ser autorizada la prestación, recobre directamente al departamento, el valor de los servicios no incluidos en el POS por tratarse de un afiliado del régimen subsidiado.

1.6.2. Solsalud EPS S.A.

A través de apoderado judicial solicitó denegar por improcedente la acción de tutela y que se le exonere de responsabilidad, toda vez que no ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por la parte actora. Además que no se acceda a la petición del usuario en cuanto al suministro de atención integral, teniendo en cuenta que se trata de un hecho futuro, es decir, una situación incierta y no acaecida.

Agregó que, en caso de que se otorgue la atención integral, en la parte resolutive se especifique que la EPS brindará los servicios que se encuentren cubiertos por el POS y el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander y la Secretaría de Salud Departamental aquellos NO POS y que si se accede a las pretensiones, se ordene el recobro del 100% al referido instituto por los insumos, procedimientos, medicamentos y demás que se generen y que no están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado.

Afirmó que pese a las dificultades financieras que atraviesa como consecuencia del proceso de liquidación ha brindado la mejor atención y prestación del servicio de salud, es decir, ha cumplido con su función dentro de los lineamientos de la normatividad vigente y de acuerdo a la patología que presenta el paciente. Indicó

que a la fecha no tiene ninguna solicitud del señor Luna Africano pendiente de trámite.

Manifestó que la decisión de intervención por parte de la Superintendencia Nacional de Salud ha incidido en la disponibilidad de recursos para sostener la red de prestación de servicios a través de las diferentes instituciones prestadoras de salud debido a las acreencias que tiene con ellas y que no ha podido pagar. Por lo anterior y en aras de proteger el derecho de los usuarios al aseguramiento y al acceso al servicio de atención en salud, en ejercicio de sus competencias legales de inspección, control y vigilancia, la Superintendencia Nacional de Salud expidió la Circular 04 de 4 de mayo de 2013 en la que se precisa que las *“(...) Entidades Territoriales, en su calidad de garantes de la protección de los servicios de salud en condiciones dignas y para conjurar hechos lesivos a la población, tienen el deber legal de adoptar medidas de fondo para minimizar la ocurrencia de eventos adversos que puedan vulnerar los derechos fundamentales a la salud y vida de los afiliados. Por lo anterior, deberán proceder de manera inmediata a efectuar los traslados correspondientes de la población afiliada a las EPSS objeto de intervención forzosa administrativa para liquidar, en cumplimiento a lo señalado en el Acuerdo 415 de 2009, cuando constate que dicha EPSS no cumple la promesa de obtener servicios en una determinada red de prestadores”* en relación con el régimen subsidiado.

Respecto a los afiliados del régimen subsidiado señaló que el Agente Especial Liquidador de Solsalud ha adelantado acciones de envío de comunicaciones a los gobernadores y alcaldes para que en el ámbito de sus competencias aseguren la aplicación de la citada circular, publicaciones en medios de comunicación de amplia circulación y acercamiento personal con las autoridades de salud de las entidades territoriales en orden a asegurar el traslado de éstos a partir del mes de septiembre de 2013, de manera que se proporcione la información e instrumentos de apoyo requeridos.

1.7. Contestación de los terceros vinculados

1.7.1. Hospital Universitario Erasmo Meoz

El Subgerente de Servicios de Salud solicitó que se desvincule de la presente acción y se declare improcedente la tutela al señalar que al señor Rodrigo Luna Africano se le brindó atención especializada por el servicio de oncología y cirugía

para tratamiento de un tumor mediastinal y que posteriormente fue valorado por Junta Médica donde se le diagnosticó *“re-aparición del tumor y se indicó la necesidad de un nuevo procedimiento quirúrgico enfocado a la resección curativa Vs. resección diagnóstica, con participación de otros especialistas”*, razón por la cual fue remitido al Instituto Nacional de Cancerología para su manejo y tratamiento.

Resaltó que prestó el servicio de salud de acuerdo con la capacidad tecnológica y científica de la ESE y que debido al grado de complejidad de la enfermedad, se ordenó la remisión a la mencionada institución.

Indicó que en virtud del Acuerdo No. 029 de 2011 expedida por la Comisión de Regulación en Salud - CRES - y del artículo 23 de la Ley 1122 de 2007⁷ corresponde a la EPS-S Solsalud autorizar y garantizar la atención del señor Luna Africano, las valoraciones, exámenes y procedimientos de forma oportuna y sin dilaciones, de acuerdo con las indicaciones del médico tratante para beneficio de su salud y bienestar.

Con el escrito de contestación allegó copia de la historia clínica⁸.

1.8. Auto de trámite

Teniendo en cuenta la contestación al escrito de tutela allegado por la EPS-S Solsalud y el posible interés que le llegase a asistir a la Secretaría de Salud Departamental de Norte de Santander, en proveído de 22 de julio de 2013 se ordenó la vinculación a la presente acción.

Según consta en folio 95 la entidad fue notificada en debida forma, pues el oficio No. P-07893 tiene sello de recibido del Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander⁹, ente encargado de *“dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio del Departamento Norte de Santander”* y quien ya había emitido pronunciamiento frente a la presente acción.

⁷ **Artículo 23.** *Obligaciones de las Aseguradoras para garantizar la Integralidad y continuidad en la Prestación de los Servicios. Las Empresas Promotoras de Salud (EPS) del régimen contributivo y subsidiado deberán atender con la celeridad y la frecuencia que requiera la complejidad de las patologías de los usuarios del mismo. Así mismo las citas médicas deben ser fijadas con la rapidez que requiere un tratamiento oportuno por parte de la EPS, en aplicación de los principios de accesibilidad y calidad correspondiente”.*

⁸ Folio 64.

⁹ Es una entidad descentralizada creada mediante ordenanza que hace las veces de la Secretaría de Salud en los demás departamentos del país.

1.9. Fallo impugnado

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander mediante sentencia de 25 de julio de 2013 concedió el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida del señor Rodrigo Luna Africano y además resolvió:

“SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **ORDENESE** a la Secretaría de Salud de Norte de Santander, que en asocio con el Agente Especial Liquidador de Solsalud EPS-S, Doctor Fernando Hernández Vélez identificado con C.C. 4-612.426 de Popayán, realicen de manera conjunta, el traslado inmediato del señor Rodrigo Luna Africano identificado con C.C. 13.502.230 de Cúcuta, a una EPS-S o EPS, que se encuentre autorizada por la Superintendencia Nacional de Salud con una capacidad a afiliación (sic) que le permita recibir al agenciado.

TERCERO: ORDENAR a la Secretaría de Salud de Norte de Santander, que hasta tanto el señor Rodrigo Luna Africano identificado con C.C. 13.502.230 de Cúcuta, no sea afiliado a una EPS o EPS (sic) según sea el caso, garantice al agenciado, el tratamiento integral que demande conforme a su patología, incluyendo los exámenes requeridos por el paciente según formulación realizada por el Dr. Pablo José Jiménez Mejía, y consistentes en Examen de Creatinina en suero (fl. 29), Ultrasonografía diagnosticada de tiroides contrasductor de 7MHZ, Biopsia de ganglio linfático superficial (fl. 30), Tomografía Axial computada de Tórax, Tomografía axial computada de cuello (tejidos blandos) con contraste (fl. 31), Estudio de coloración básica en citología por aspiración de cualquier tejido u órgano (BACAF) (fl. 32), adelantando para tal fin, el respectivo proceso administrativo a efectos de garantizar en le menor tiempo posible la prestación de los servicios médicos referidos.

Dentro de la atención integral a favor del agenciado, se incluirá lo referente al cubrimiento del traslado del paciente y un acompañante, en los eventos que así lo requiera.

CUARTO: EXONERASE al señor Rodrigo Luna Africano identificado con C.C. 13.502.230 de Cúcuta, de la cancelación de los copagos a que haya lugar, en el evento que así lo requiera la prestación efectiva de servicio médico alguno.

(...)”.

Resaltó que, debido a la intervención forzosa en la que se encuentra Solsalud, hasta que el señor Luna Africano no sea trasladado o afiliado a otra EPS o EPS-S, en atención a lo dispuesto en el Acuerdo 415 de 2009 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y la Circular 004 de 2013 de la Superintendencia Nacional de Salud estará a cargo de las entidades territoriales

garantizarle los servicios de salud que no le estén siendo brindados, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales a la salud y a la vida del usuario.

Trajo a colación jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con la protección del derecho a la salud frente a tratamientos y exámenes incluidos en el POS-S y de los hechos plasmados en el escrito de tutela concluyó que desde el 25 de mayo de 2013 hasta la fecha no se le han garantizado al señor Luna Africano los servicios, medicamentos, procedimientos y atenciones médicas que requiere, pese a su delicado estado de salud.

Señaló que aunque la EPS haya sido forzosamente intervenida, dicho procedimiento administrativo no pudo justificar omisión o ineficiencia alguna, máxime cuando el paciente demande de manera urgente la prestación efectiva del servicio de salud por padecer una enfermedad catastrófica.

Se refirió a la Circular 004 de 2013 emitida por la Superintendencia Nacional de Salud y a la falta de diligencia con la cual se ha tratado al señor Luna Africano, la cual no fue controvertida por la EPS-S Solsalud y en atención a ello, consideró que la referida entidad debe ejecutar actuaciones que contribuyan a mitigar los efectos del dolor, le aumenten las probabilidades de vida y le brinden un trato digno. No obstante, debido a la situación de intervención forzosa administrativa, las órdenes de tutela que se impartan recaerán en cabeza de la Secretaría de Salud Departamental de Norte de Santander.

Frente al tratamiento integral, indicó que en razón de la patología del paciente, corresponde a la referida Secretaría prestar los servicios de salud que requiera el paciente, hasta que el señor Luna Africano sea trasladado a una EPS-S o EPS que cuente con capacidad para recibirlo, y el mismo incluye que en el menor tiempo posible se practiquen los exámenes ordenados por el especialista que lo atendió, los desplazamientos por ambulancia o vía aérea, así como que se exima de los copagos que deba cancelar por concepto de estos servicios, debido a que el agenciado carece de los recursos necesarios para asumir estos costos.

1.10. Impugnación

1.10.1. Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander

Impugnó la sentencia de primera instancia sin manifestar las razones de su inconformidad (fol. 111).

1.10.2. Parte actora

En escrito presentado el 5 de agosto de 2013 reiteró lo solicitado en el libelo inicial atinente a la remisión del señor Rodrigo Luna Africano al Instituto Nacional de Cancerología con carácter prioritario y en atención a la recomendación efectuada por los especialistas tratantes durante la Segunda Junta de Tórax.

Advirtió que pese a que el agenciado acudió a dicho instituto por sus propios medios, pues la EPS-S Solsalud lo remitió a otro lugar, no han podido llevarse a cabo los exámenes ordenados desde el 26 de junio de 2013 y, en consecuencia, no ha habido continuidad en el tratamiento que requiere.

Expresó que la inobservancia de la EPS tutelada no fue analizada por parte del *a quo*, situación que afecta de manera grave el derecho a la salud y a la vida digna del agenciado.

Igualmente resaltó que en el auto admisorio el juez de primera instancia accedió a la medida provisional, sin embargo al decidir de fondo la tutela no se pronunció sobre dicho aspecto, razón por la que solicitó la inclusión de una orden al respecto.

Pidió que se modifique la orden de traslado a otra EPS-S o EPS, en el sentido de aclarar que ésta debe *“respetar este fallo de tutela y por ende garantizar su cumplimiento y en suma la salud integral de mi padre”* así como que se garantice la prestación de los servicios de salud y el suministro de bienes, sin importar que se hayan realizado o no los pagos de anticipos.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación a la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 y en el artículo 2º de Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena de esta Corporación.

2.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si se confirma, se modifica o se revoca la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 25 de julio de 2013 que amparó los derechos fundamentales a la salud y a la vida del señor Rodrigo Luna Africano y ordenó a la Secretaría de Salud de Norte de Santander de manera conjunta con el Agente Especial Liquidador de Solsalud EPS-S, realizar su traslado inmediato a una EPS-S o EPS y que se le garantice un tratamiento integral que incluya la práctica de los exámenes que le fueron prescritos.

Previo a la resolución del anterior problema jurídico, la Sala deberá examinar si la señora María Fernanda Luna Jaimes cumple con los lineamientos para intervenir en el trámite de la referencia en calidad de agente oficiosa de su padre Rodrigo Luna Africano.

2.3. Cuestión preliminar: Legitimación por activa de la señora María Fernanda Luna Jaimes para actuar como agente oficiosa de su padre Rodrigo Luna Africano

La señora Luna Jaimes presentó, a nombre de su padre Rodrigo Luna Africano acción de tutela contra la Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado de la Sociedad Solidaria de Salud - EPS-S Solsalud- y el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander por la omisión en el cumplimiento de una orden médica consistente en la remisión al Instituto Nacional de Cancerología y la negligencia en el suministro de los medicamentos que requiere el paciente para su tratamiento, lo que vulneró los derechos fundamentales invocados.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela puede ser promovida por cualquier persona, ya sea por sí misma o por medio de un tercero que actúe en su nombre, cuando sus derechos constitucionales fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y, excepcionalmente, por los particulares.

En desarrollo de este precepto constitucional el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 indicó que la acción de tutela puede ser ejercida directamente por la persona afectada o por medio de un representante, caso en el cual los poderes se

presumirán auténticos. A su vez, el inciso segundo de esta disposición establece la posibilidad de ejercer la acción de tutela a través de la agencia oficiosa, cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que debe manifestarse en la solicitud. Asimismo, podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales, en guarda de los derechos fundamentales¹⁰.

En ese orden de ideas, para que opere la figura de la agencia oficiosa, es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos, que: *“(1) el actor en el proceso de amparo actúa a nombre de otra persona y (2) de la exposición de los hechos resulta evidente que el agenciado se encuentra imposibilitado para interponer la acción por su propia cuenta”*¹¹.

Frente al tema, en la sentencia T-459 de 2007, la Corte Constitucional señaló que:

“Es viable incoar una acción mediante el uso de la figura de la agencia oficiosa siempre y cuando el titular de los derechos agenciados se encuentre imposibilitado para defenderlos, por razones físicas, mentales, entre otras. En tales circunstancias, el juez de tutela tiene el deber de identificar las razones y los motivos que conducen al actor a impetrar la acción a nombre de otro. Entonces si el agenciado sufre una enfermedad que limita el ejercicio de sus capacidades físicas y mentales, es evidente que se encuentra impedido para solicitar directamente el amparo de sus derechos.”

En el caso que nos ocupa, esta Sala encuentra configurados los requisitos antes mencionados ya que: (i) la señora Luna Jaimes manifiesta que está actuando como agente oficiosa de su padre Rodrigo Luna Africano; y (ii) del escrito de tutela se desprende claramente que el señor Luna Africano se encuentra imposibilitado para ejercer su propia defensa, en razón a su delicado estado de salud, pues desde el 2008 padece de un *“tumor mesenquinal maligno de bajo grado”* y como consecuencia de ello, ha tenido que soportar fuertes dolores y someterse a múltiples valoraciones, exámenes y tratamientos.

Por lo anterior, se declarará la legitimidad de la señora María Fernanda Luna Jaimes para promover el amparo como agente oficiosa de su padre, motivo por el cual presenta la tutela a su nombre, hipótesis que cumple con la exigencia del artículo 10° del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional, que son:

¹⁰ De acuerdo a los numerales 1, 2 y 7, del artículo 277, y 282 de la Constitución Política.

¹¹ Cfr. Sentencias T-458 de 1992; T-023 de 1995; T-452 de 2001; T-476 de 2002; T-573 de 2006; T-250 de 2009; T-730 de 2010.

(i) la imposibilidad del titular del derecho para promover su propia defensa y (ii) la manifestación que en este sentido haga quien le representa.

Así las cosas, la Sección continuará con el examen sustancial del presente asunto, y para tal efecto, se referirá a: (i) la salud como derecho fundamental, (ii) entidades que intervienen en la prestación de los servicios de salud en el régimen subsidiado y finalmente (iii) abordará el análisis del caso concreto.

2.4. La salud como derecho fundamental

En nuestro sistema jurídico dos fueron las posiciones de la Corte Constitucional frente a la protección del derecho a la salud a través de la acción de tutela hasta el año 2008. Por una parte, se consideró, inicialmente, que esta acción constitucional solo sería procedente cuando su violación generaba el desconocimiento de derechos de carácter fundamental como lo son la vida, la integridad, entre otros; lo que significaba que su protección por este medio dependía a su vez de otros derechos; es decir sólo se aceptó su protección vía conexidad con derechos fundamentales, salvo cuando de dichos derechos fueren titulares personas de especial protección, como niños o adultos mayores, evento en el cual procedía la acción de tutela para salvaguardar el derecho a la salud, sin necesidad de demostrar la conexidad, la que se mantenía como regla general para casos diversos a los señalados.

Esas posturas generaron debates entre las autoridades judiciales encargadas del estudio de cada caso en particular y sobre la procedencia o no de dicho mecanismo frente al derecho a la salud. No obstante, a partir de la sentencia T-760 de 2008¹², la Corte Constitucional reconoció que el derecho a la salud es un derecho autónomo y fundamental, por cuanto no depende de otro derecho en particular, razón por la que su protección puede ser reclamada a través de la acción de tutela. La citada sentencia señaló:

“El reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía. En cuanto a la Observación General N° 14, referida específicamente al derecho a la salud, se hará referencia posteriormente a ella en el presente capítulo de esta sentencia.

¹² Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

(...)

3.2.3. El derecho a la salud es un derecho que protege múltiples ámbitos de la vida humana, desde diferentes perspectivas. Es un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general. La complejidad de este derecho, implica que la plena garantía del goce efectivo del mismo, está supeditada en parte a los recursos materiales e institucionales disponibles. Recientemente la Corte se refirió a las limitaciones de carácter presupuestal que al respecto existen en el orden nacional: “[e]n un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad”.

En relación con este derecho, la Sala debe enfatizar que engloba no solo la atención médica sino su prestación de manera oportuna, eficaz y con calidad, pues solo así existe una verdadera protección.

En consecuencia hoy, la acción de tutela se erige como una herramienta eficaz para solicitar su efectiva prestación.

2.5. Entidades que intervienen en la prestación de los servicios de salud en el régimen subsidiado

Uno de los deberes principales del Estado es garantizar el acceso a los servicios de salud de la población más vulnerable y la de sus grupos familiares, los cuales asume de forma directa o a través de terceros, incluyendo la prestación del conjunto de beneficios a que tienen derecho las personas que bajo esta característica desfavorable se encuentran vinculadas al régimen subsidiado de salud.

El artículo 13 del Decreto 806 de 1998 define el plan de beneficios a los que tienen derecho las personas vinculadas al régimen subsidiado de salud, en los siguientes términos:

“Artículo 13. Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, POS-S. Es el conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al Régimen Subsidiado y que están obligadas a garantizar las Entidades Promotoras de Salud, las Empresas Solidarias de Salud y las Cajas de Compensación Familiar debidamente autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud para administrar los recursos del Régimen Subsidiado”.

Por otra parte, el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007¹³, faculta a las entidades territoriales para que en aras de garantizar el acceso a la prestación de los servicios de salud no cubiertos por el plan de beneficios y que requieran las personas vinculadas al régimen subsidiado, contrate con empresas sociales del Estado o instituciones prestadoras de salud ya sean de naturaleza pública o privada¹⁴. Así las cosas, de acuerdo con la norma en cita, en la prestación del servicio de salud en el régimen subsidiado, convergen las EPS con las entidades territoriales.

2.6. Caso concreto

La controversia planteada en el presente caso surge por la omisión de la EPS-S Solsalud de remitir al señor Rodrigo Luna Africano al Instituto Nacional de Cancerología ubicado en la ciudad de Bogotá para la asignación de la cita para consulta con manejo interdisciplinario de médicos especialistas en cirugía de tórax, cirugía vascular, cirugía de tejidos blandos y ortopedia y entregar los medicamentos tramadol de 100 mg, APRIX - F de 500 mg, Amitriptilina de 25 mg y bisacodilo de 5 mg 0 mg No 60, ordenados el 14 de marzo de 2013¹⁵ por el médico tratante adscrito a la ESE Hospital Universitario Erasmo Meoz para el tratamiento oncológico que requiere el agenciado. Además de lo anterior, porque a la fecha tampoco le han sido practicados los exámenes.

En la sentencia T-375 de 2012, la Corte Constitucional reiteró que *“todos los usuarios del Sistema de Salud tienen derecho a acceder a los servicios de salud que requieran con necesidad, estén o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud”*, regla que recoge, cuatro presupuestos que se deben cumplir en el caso

¹³. ***“Prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto por subsidios a la demanda. Las Entidades territoriales contratarán con Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas, la atención de la población pobre no asegurada y lo no cubierto por subsidios a la demanda. Cuando la oferta de servicios no exista o sea insuficiente en el municipio o en su área de influencia, la entidad territorial, previa autorización del Ministerio de la Protección Social o por quien delegue, podrá contratar con otras Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud debidamente habilitadas”.***

¹⁴ Sentencia T-1048 de 2003 MP Clara Inés Vargas Hernández. Ver T-797 de 2008 en la que la Corte Constitucional reiteró el deber de acompañamiento así: *“la Corte Constitucional ha establecido una serie de obligaciones de información y coordinación en cabeza de las autoridades territoriales y las EPS-S con el fin de hacer efectivos los derechos fundamentales de los afiliados al régimen subsidiado de salud y los vinculados del sistema, de manera que la complejidad reglamentaria del mismo no constituya una barrera de acceso a los servicios médicos requeridos”.*

concreto, para que se proteja el derecho de una persona a acceder a un servicio de salud no incluido en el POS; esos presupuestos son, a saber: (i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el Plan Obligatorio de Salud; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo. Y se deberá entender, entonces, de acuerdo con la jurisprudencia, que un servicio “se requiere” cuando se cumplen las condiciones (i), (ii) y (iv) de la regla enunciada, y “con necesidad” cuando se cumple la condición (iii)¹⁶.

No obstante lo anterior, como primera medida, es válido aclarar que la Superintendencia Nacional de Salud, mediante Resolución 735 del 6 de mayo de 2013, ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar el Programa de Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo EPS y el Programa de Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado EPSS de la Sociedad Solidaria de Salud EPS S.A. Las razones para intervenirla tuvieron que ver, entre otras, con el no pago de sus obligaciones a la red prestadora de servicios de salud, falta de confiabilidad de sus estados financieros, reiterados incumplimientos a las órdenes de la Superintendencia, desconocimiento de las normas sobre contratación con las Empresas Sociales del Estado y un margen de solvencia negativo¹⁷.

Así las cosas, con el fin de proteger el derecho de los usuarios al aseguramiento, el acceso al servicio de atención en salud sin barreras, y teniendo en cuenta que con la situación descrita se genera el supuesto de incumplimiento por fuerza mayor de mantener la promesa de obtener servicios en una determinada red de prestadores, en ejercicio de sus competencias legales de inspección, control y vigilancia, la Superintendencia Nacional de Salud expidió la circular 04 de mayo 4 de 2013 en la que señala, de manera textual, lo siguiente en relación con los afiliados al régimen subsidiado en salud:

¹⁵ Folios 20 y 21.

¹⁶ Ver sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

“En aras de garantizar la adecuada prestación de los servicios y la protección de la vida de la población afiliada a las EPS y EPSS objeto de intervención forzosa Administrativa para liquidar siempre y cuando se incumpla la promesa de obtener servicios en una determinada red de prestadores, la Superintendencia Nacional de Salud emite las siguientes instrucciones: 1. Las entidades territoriales, en su calidad de garantes de la protección de los servicios de salud en condiciones dignas y para conjurar hechos lesivos a la población, tienen el deber legal de adoptar medidas de fondo para minimizar la ocurrencia de eventos adversos que puedan vulnerar los derechos fundamentales a la salud y la vida de los afiliados”.

En ese orden de ideas, en el término de las competencias contenidas en el numeral 43.4.1 del artículo 43 de Ley 715 de 2001, le corresponde a las Secretarías de Salud ejercer, en su jurisdicción, la vigilancia y el control del aseguramiento en el sistema general de seguridad social en salud en el municipio y en los regímenes de excepción de la Ley 100 de 1993 con el propósito de hacer seguimiento a la garantía de acceso a los servicios de salud.

Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1º del Acuerdo 415 de 2009 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud que dispone:

*Artículo 1. Objeto. El presente Acuerdo define la forma y condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud. En consecuencia, a través del mismo se determinan los criterios para identificar y seleccionar a los beneficiarios de los subsidios, el procedimiento de afiliación, así como las condiciones de permanencia y pérdida del subsidio. De otra parte, se especifican las condiciones del proceso de contratación entre las Entidades Territoriales responsables de la operación del Régimen Subsidiado y las EPS-S. **Así como, se fijan las condiciones de la operación regional de las EPS y la forma en que los departamentos deberían asumir la competencia de manera cautelar en los casos en que una entidad territorial municipal no opere eficientemente el Régimen Subsidiado** (Negrilla fuera de texto).*

Una vez revisados los hechos y las pruebas obrantes en el expediente, encuentra la Sala que la persona a favor de quien se interpone la acción hace parte del Régimen Subsidiado de salud, SISBEN nivel 1 y padece “sarcoma fusocelular de bajo grado”, una enfermedad catastrófica diagnosticada desde el año 2008.

¹⁷ Según comunicado de prensa emitido por la referida Superintendencia.

Ante la gravedad de los padecimientos del señor Luna Africano se le realizaron dos Juntas de Tórax y en la última de ellas llevada a cabo el 14 de marzo de 2013 se recomendó un *“procedimiento quirúrgico (...) enfocado a resección curativa vs. Resección diagnóstica en la ciudad o CENTRO ONCOLOGICO (Instituto Nacional de Cancerología) con la participación de Cirujano Torácico - Cirujano Vascular - Cirujano de Tejidos Blandos - ORTOPEDISTA - SE REMITE A INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA - CARACTER PRIORITARIO”*; sin embargo, Solsalud no atendió lo ordenado por los médicos tratantes y al expedir la autorización para valoración por oncología remitió al paciente a la Sociedad Oncológica Oncocare Ltda., en donde según lo afirma la parte actora no se prestaron los servicios de salud *“por falta de contrato”* con la EPS.

Posteriormente, expidió una nueva autorización para *“PAQUETE CONSULTA ESPECIALIZADA AMBULATORIA PARA MES DE JUNIO DE 2013 PACIENTE DE 47 AÑOS CON DX: TUMOR MALIGNO DEL TEJIDO CONJUNTIVO Y TEJIDO BLANDO DEL TORAX POR EVENTO SUJETO A PERTINENCIA MEDICA (...)”*, esta vez para que el agenciado recibiera atención en la Unidad Médica Oncológica ONCOLIFE IPS S.A.S. y de acuerdo con lo manifestado por la parte actora, tampoco le brindaron el servicio pues no le fue asignada la cita.

A raíz de estas circunstancias, el señor Luna Africano asistió al Instituto Nacional de Cancerología para ser atendido como particular el día 26 de junio de 2013, asumiendo los gastos de la consulta y en la que le fueron expedidas varias órdenes de exámenes que a la fecha no se ha podido practicar.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que el derecho a la salud no se circunscribe a garantizar aquellos servicios que se requieren para superar una situación inminente de muerte, sino que también comprende toda situación que haga indigna la existencia y dificulte una buena calidad de vida de las personas, es evidente que la falta de diligencia de la EPS accionada ha entorpecido el tratamiento que de manera urgente requiere el señor Luna Africano dada su patología.

Así las cosas, mientras se cumple lo establecido en el artículo 50¹⁸ del Acuerdo 415 de 2009 “*Por medio del cual se modifica la forma y condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*” expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, esto es, entre tanto el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander junto con el Agente Liquidador de la EPS-S Solsalud efectúen el traslado o afiliación del señor Rodrigo Luna Africano a otra EPS-S inscrita y habilitada por la Superintendencia Nacional de Salud para la operación del régimen subsidiado que no se encuentre inmersa en medidas especiales de intervención para administrar o liquidar, que no presente mora con su red de prestadores de servicios y que esté cumpliendo oportunamente con el reporte y envío de información, en virtud de la citada circular 004 de 2013 corresponderá al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander garantizar al paciente la prestación efectiva del servicio de salud conforme a su patología.

Lo anterior, deberá incluir la remisión al Instituto Nacional de Cancerología con sede en Bogotá para que le sean practicados los exámenes ordenados por dicha entidad y el suministro de los medicamentos requeridos para tratar su enfermedad.

Sumado a ello, toda vez que, en este caso, el señor Luna Africano hace parte del régimen subsidiado en salud, SISBEN nivel 1, se presume que no cuenta con los medios económicos para acceder a los servicios de salud que requiere, concretamente, para sufragar el transporte de Cúcuta a Bogotá, lugar a donde fue remitido por su médico tratante, para que se tenga un manejo interdisciplinario con varios especialistas, razón por la que se ordenará al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander trasladar al señor Rodrigo Luna Africano por vía aérea hasta esta ciudad y a sufragar los costos de la estadía de él y su acompañante, en caso de ser ésta necesaria.

Además, como no se tiene certeza del tiempo que va a permanecer el señor Luna Africano en la ciudad de Bogotá, mientras accede a los servicios de salud que requiere, con el fin de proteger sus derechos fundamentales a la salud y a la vida,

¹⁸ Dicha norma dispone: “**Artículo 50.** *Procedimiento para la afiliación en circunstancias excepcionales. Se garantizará la continuidad del aseguramiento de la población afiliada al Régimen Subsidiado de Salud, en los siguientes casos:*

1. *Revocatoria de la autorización o de la habilitación para operar el Régimen Subsidiado.*

2. **Disolución y liquidación de la EPS-S.**

3. *Terminación unilateral de los contratos de aseguramiento.*

(...)”.

también se ordenará que el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander sufrague los costos de la estadía, de ser ésta necesaria¹⁹.

Se advierte que si bien el transporte y la estadía no son servicios médicos propiamente dichos, sí son medios necesarios para acceder a los procedimientos, medicamentos y demás prestaciones del servicio de salud, razón por la que cuando un usuario no tiene recursos económicos, es la EPS-S la entidad responsable de asumirlos²⁰, pero de acuerdo con lo expuesto en párrafos anteriores, dicha obligación recae sobre el ente territorial, es decir está en cabeza del Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander.

En relación con la exoneración de los copagos, se advierte que solamente los afiliados del régimen subsidiado en salud clasificados en el nivel 1 del Sisbén o el instrumento que lo remplace están exentos de pagar copagos cualquiera sea la edad y el servicio o la causa de la atención. Dicha disposición está estipulada en la Ley 1122, Capítulo IV, artículo 14, literal g) y en el Acuerdo 365 del CNSSS.

Así, es forzoso concluir que el servicio reclamado es necesario para preservar la vida e integridad del peticionario, en condiciones dignas, razón por la que la Sala, modificará el fallo impugnado por las razones citadas en precedencia.

III. DECISION

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

¹⁹ La Corte Constitucional señaló que esto solo es posible en aquellos eventos donde se acredite que (i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario. En ese mismo apartado, la Corte definió sobre el derecho del usuario a que se brinden los medios de transporte y estadía a un acompañante. Así, para que una institución de salud autorice a un usuario el transporte y estadía de un acompañante, se deberán cumplir en el caso concreto los siguientes requisitos: (i) que el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado. Ver sentencia T-760 de 2008.

²⁰ Esta Corporación integró al desarrollo constitucional del derecho a la salud el elemento de accesibilidad y sus cuatro dimensiones: *no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y acceso a la información*, tomadas de la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas. En el caso del transporte (en algunos casos no tan reiterados, también la estadía), se está frente a la dimensión de *accesibilidad física*, pues el servicio que requiere un usuario no puede ser suministrado en su lugar de residencia, y por lo tanto, debe desplazarse. Pero además, se está frente a la dimensión de *accesibilidad económica*, la cual supone que bajo ninguna circunstancia la falta de capacidad económica se puede convertir en un obstáculo de acceso a los servicios de salud que se requiere. Ver al respecto las sentencias T-884 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-739 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-223 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) T-905 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-1228 de 2005 (M.P. Jaime Araujo Rentarías), T-1087 de 2007 (M.P. Jaime

FALLA:

PRIMERO.- CONFIRMAR los numerales 1 a 4 de la sentencia impugnada.

SEGUNDO.- MODIFICAR la sentencia de 25 de julio de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en el sentido de adicionar dos numerales:

*“**OCTAVO.-** Con el fin de garantizar al paciente Rodrigo Luna Africano la prestación efectiva del servicio de salud conforme a su patología **ORDENAR** al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander que lo remita al Instituto Nacional de Cancerología con sede en Bogotá o a otro centro médico del mismo nivel y complejidad de aquel, para que le sean: (i) practicados los exámenes ordenados por dicha entidad, (ii) suministrados los medicamentos requeridos para tratar su enfermedad, es decir tramadol de 100 mg, APRIX - F de 500 mg, Amitriptilina de 25 mg y bisacodilo de 5 mg 0 mg No 60 y (iii) realizados los tratamientos (médicos, quirúrgicos y asistenciales) pertinentes. Lo anterior, a costa del referido Instituto Departamental”.*

***NOVENO.- ORDENAR** al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander trasladar al señor Rodrigo Luna Africano de Cúcuta a Bogotá, por vía aérea al lugar donde fue remitido por su médico tratante y a sufragar los costos de la estadía de él y su acompañante, en caso de ser ésta necesaria”.*

TERCERO.- NOTIFIQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO. Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITASE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La presente decisión se discutió y aprobó en sesión de la fecha.

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

ALBERTO YEPES BARREIRO