



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, catorce (14) de noviembre de dos mil catorce (2014)

Magistrado Ponente: Dr. MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente: 70-001-33-33-002-2014-00235-01
Actor: IRENE ESTHER JARAMILLO ORTIZ
Demandado: NUEVA E.P.S
Acción: TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA
Tema: PAGO DE CUOTA MODERADORA PARA LA
REALIZACIÓN DE EXÁMENES MÉDICOS.

SENTENCIA No. 108

I. OBJETO A DECIDIR

Incumbe a la Sala, dirimir la impugnación presenta por la parte accionada contra la sentencia del 16 de octubre de 2014¹, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo, con funciones del sistema oral, en la que se concedió el amparo de los derechos fundamentales invocados por la señora IRENE ESTHER JARAMILLO ORTÍZ.

II. ACCIONANTE

La presente acción constitucional la instauró la señora IRENE ESTHER JARAMILLO ORTIZ identificada la cédula de ciudadanía No. 22.694.670 expedida en Soledad, Atlántico.

¹ Folios 37-41 del C. Ppal.

Expediente:	70-001-33-33-002-2014-00235-01
Actor:	IRENE ESTHER JARAMILLO ORTIZ
Demandada:	NUEVA EPS.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 16 DE OCTUBRE DE 2014
Procedencia:	JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

III. ACCIONADO

La acción está dirigida en contra de la NUEVA E.P.S.

IV. ANTECEDENTES

4.1. La demanda²

La señora IRENE ESTHER JARAMILLO ORTIZ, actuando en nombre propio, presentó acción de tutela en contra de la NUEVA EPS, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, dignidad humana, a la salud y a la seguridad social.

4.2. Hechos

La accionante, como sustento a sus pretensiones, expuso los siguientes hechos que se compendian así:

Manifiesta que, hace aproximadamente 10 años fue diagnosticada con cáncer de mama izquierda, sometiéndose a una cirugía donde le extirparon el seno; el tratamiento que le realizaron fueron 25 sesiones de quimioterapias y 20 radiaciones, igualmente un medicamento llamado Tamoxifeno.

Relata que, hace aproximadamente 2 años se sometió a unos exámenes médicos y le diagnosticaron unos nódulos cancerosos de origen metastásico, por lo cual fue sometida nuevamente a cirugía; el 23 de julio del 2014 se repitió el episodio siendo diagnosticada con un tumor canceroso de origen metastásico en la zona donde se le había practicado la cirugía.

Le fueron ordenados los siguientes exámenes: INMUNOHISTOQUIMICA DE BIOPSIA DE PIEL EN REGIÓN PECTORAL DE LA PATOLOGÍA No. 11476-I, RECEPTORES HORMONALES, Her 2 Niu Ki67; alega que dichos exámenes son prioritarios pero la entidad donde se encuentra afiliada le exige el pago de \$170.000 correspondiente a copago, argumenta que se encuentra desempleada y que su esposo es quien trabaja, devengando un salario mínimo.

Por último, refiere que debido a la falta de dinero no le ha sido posible realizarse los procedimientos requeridos para su patología, por cuanto la E.P.S., es renuente en decir que debe cancelar la suma dineraria antes mencionada, por cuanto su médico tratante

² Folio 1-3 del C. ppal.

Expediente:	70-001-33-33-002-2014-00235-01
Actor:	IRENE ESTHER JARAMILLO ORTIZ
Demandada:	NUEVA EPS.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 16 DE OCTUBRE DE 2014
Procedencia:	JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

le manifiesta que su situación es de carácter urgente y que sus posibilidades de vida se reducen si no se somete a lo ordenado por este.

Alega que, cuenta con la edad de 58 años lo cual la hace estar dentro de la categoría de la tercera edad, siendo sus derechos prevalentes sobre el de los demás y cuando se encuentren amenazados o vulnerados su protección debe ser inmediata.

4.3. Pretensiones³.

Ordenar a la NUEVA E.P.S., a que autorice y asigne de manera urgente la práctica de los exámenes INMUNOHISTOQUIMICA DE BIOPSIA DE PIEL EN REGIÓN PECTORAL DE LA PATOLOGÍA No. 11476-I, RECEPTORES HORMONALES, Her 2 Niu Ki67, así mismo su cubrimiento total y de toda la atención integral que se derive de su enfermedad, procedimientos, pruebas diagnósticas y los medicamentos requeridos para el cubrimiento de la misma sin tener en cuenta que se encuentren en el POS, igualmente que no le sean exigidos los pagos o cuotas moderadoras y copagos.

Prevenir a la NUEVA E.P.S., para que pueda repetir por los costos en que pueda incurrir en el cumplimiento de la tutela, en contra del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA).

4.4. Contestación⁴.

La NUEVA EPS, notificada del auto por el cual se admitió la presente tutela⁵, en tiempo presentó su contestación, solicita no acceder a las pretensiones de la demanda por considerar que esta frente a la figura de hecho superado.

Al respecto, manifiesta que la accionante se encuentra afiliada a la entidad en calidad de beneficiaria activa, pudiendo acceder a los beneficios del plan obligatorio de salud.

En lo que se refiere al examen médico, confirma que este fue autorizado, adjuntado a folio 29 del C. Ppal., encontrándose ante un hecho superado.

Afirma que, dando cumplimiento a la medida provisional se autorizó el examen en mención con exoneración de copagos y cuotas moderadoras.

Alega que, en lo que hace relación a la protección reclamada sobre futuras prestaciones de servicios en salud, se debe entender que la tutela no es un mecanismo para prevenir situaciones inciertas y futuras; por tanto solicita que se declare la improcedencia de la

³ Folio 2-3 del C. Ppal.

⁴ Folio 24-28, ib.

⁵ Auto del 8 de octubre de 2014, obrante a folio 11 ib.

Expediente:	70-001-33-33-002-2014-00235-01
Actor:	IRENE ESTHER JARAMILLO ORTIZ
Demandada:	NUEVA EPS.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 16 DE OCTUBRE DE 2014
Procedencia:	JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

misma en lo que respecta al ordenamiento de medicamentos, prestaciones asistenciales, las cuales no son susceptibles de amparo constitucional.

Por último, proclama que en caso como el que nos ocupa, se está frente a hecho superado puesto que la situación de hecho que causó la interposición de la tutela ya se encuentra superada.

V. FALLO IMPUGNADO

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 16 de octubre de 2014, resolvió tutelar los derechos invocados por la actora; en consecuencia, ordenó a la NUEVA E.P.S., la realización de los procedimientos INMUNOHISTOQUIMICO DE BIOPSIA DE PIEL EN REGIÓN PECTORAL Y RECEPTORES HORMONALES HER 2 Ni Ki67, sin el cobro del copago, cuota moderadora u otras erogaciones para la realización de los mismos, inclusive frente a cualquier otro servicio de salud que requiera la actora, con ocasión al cáncer con origen metastásico que presenta. Así como el tratamiento integral que requiera para ello, sin que se exija trámite administrativo y pago de cuota moderadora o copago para la autorización de los mismos.

VI. IMPUGNACIÓN

En tiempo, la NUEVA EPS presentó escrito de impugnación⁶ contra el fallo de primera instancia, solicitando sea revocado.

Al efecto, reiteró los argumentos expuestos en el escrito de contestación, e insistió en que, el examen fue autorizado a la accionante y la orden médica fue aportada en la respuesta de la acción de tutela como prueba de cumplimiento, solicitando hecho superado.

Así mismo, se autorizó el examen en mención con exoneración de copagos y cuotas moderadoras.

VII. PRUEBAS DEL EXPEDIENTE

La accionante, aportó como pruebas las siguientes:

- Copia de cédula de ciudadanía⁷.

⁶ Folio 46-49 del C. Ppal.

⁷ Folio 4

Expediente:	70-001-33-33-002-2014-00235-01
Actor:	IRENE ESTHER JARAMILLO ORTIZ
Demandada:	NUEVA EPS.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 16 DE OCTUBRE DE 2014
Procedencia:	JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

- Registro evolución médica⁸.
- Orden medica del INCANS⁹.
- Informe anatomopatológico¹⁰.
- Aprobación de servicios¹¹.

VIII. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

8.1. La competencia

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en segunda instancia, según lo establecido por artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

8.2. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala determinar, si *¿la expedición de la autorización de servicios de la actora, constituye en un hecho superado?*

¿Procede la acción de tutela para amparar el derecho fundamental a la salud, frente al pago de la cuota moderadora cuando se está ante una enfermedad catastrófica?

Con el propósito de arribar a la solución de lo planteado, la Sala abordará como hilo conductor las siguientes temáticas: (i) principio de subsidiariedad de la acción de tutela; (ii) La naturaleza jurídica de los copagos y de las cuotas moderadoras y los casos en que procede su exoneración; (iii) Las enfermedades catastróficas o de alto costo como excepción al sistema de copagos; (iv) presupuestos para configuración de la carencia actual de objeto por hecho superado en la acción constitucional (v) caso en concreto.

8.3. Principio de subsidiariedad de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

⁸ Folio 5

⁹ Folio 6

¹⁰ Folio 7

¹¹ Folio 8

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario, es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable. En ese sentido, el análisis de procedencia de la acción de tutela exige del juez constitucional la verificación de la inexistencia de otro medio de defensa judicial.

8.4. La naturaleza jurídica de los copagos y de las cuotas moderadoras y los casos en que procede su exoneración.

El artículo 187 de la Ley 100 de 1993, establece que los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS, están sujetos a pagos moderadores, esto es, a pagos compartidos o copagos, cuotas moderadoras y deducibles. Dichos valores, tienen el objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema, para el caso de los afiliados cotizantes¹². Para los beneficiarios, dichos valores se aplican para complementar la financiación del POS. Así mismo, la norma señala que: “[e]n ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres”.

En torno a la interpretación del artículo 187 de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-542 de 1998¹³, sostuvo que “si el usuario del

¹² Ver Acuerdo 260 de 2004. Allí se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras en el SGSSS. Allí se hace la diferenciación entre las cuotas moderadoras, que se aplican a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, cuyo objeto es el de regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso, promoviendo en los afiliados la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por las EPS, mientras que los copagos, se cobran a los afiliados beneficiarios, como una parte del valor del servicio médico requerido y tienen la finalidad de ayudar a financiar al sistema de salud.

¹³ Ver sentencia C-542 de 1998 (MP Hernando Herrera Vergara).

Expediente:	70-001-33-33-002-2014-00235-01
Actor:	IRENE ESTHER JARAMILLO ORTIZ
Demandada:	NUEVA EPS.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 16 DE OCTUBRE DE 2014
Procedencia:	JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

servicio, no dispone de los recursos económicos para cancelar las cuotas moderadoras o controvierte la validez de su exigencia, el Sistema y sus funcionarios, no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera, sin perjuicio de los cobros posteriores con arreglo a las normas vigentes (...)”.

En consonancia con lo anterior, la Corte Constitucional, ha identificado las siguientes dos hipótesis, en las que se debe eximir al afiliado, de realizar los pagos compartidos o cuotas moderadoras, en aras de no afectar sus derechos fundamentales:

“(i) cuando la persona que necesita con urgencia un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de los pagos moderadores, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor y (ii) cuando una persona requiere un servicio médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación correspondiente antes de que éste sea suministrado, la entidad encargada de la prestación deberá brindar oportunidades y formas de pago al afectado, para lo cual podrá exigir garantías adecuadas, sin que la falta de pago pueda convertirse en un obstáculo para acceder a la prestación del servicio”¹⁴.

En cualquiera de las hipótesis, la Corte Constitucional, ha dispuesto que *“será el juez constitucional el encargado de verificar, en cada caso, si el pago de las cuotas de recuperación exigidas por la ley, obstaculiza el acceso al servicio de salud y si, como consecuencia de ello, se genera una vulneración de los derechos fundamentales”¹⁵.*

Recapitulando, el juez constitucional, debe establecer, si con el cobro de cuotas moderadoras o copagos, se genera una barrera material, para que las personas de escasos recursos económicos, reciban los servicios médicos que requieran. De ser así, debe eximir su pago, con el objetivo de garantizar los derechos fundamentales. Ello sucede, cuando el accionante, que requiere con urgencia el servicio médico, carece de la capacidad económica para asumirlo. Igualmente, cuando el accionante, tenga la capacidad económica para asumir los pagos moderadores, pero tiene problemas para hacer la erogación, antes de que el servicio de salud sea suministrado.

8.4. Las enfermedades catastróficas o de alto costo como excepción al sistema de copagos.

Al respecto, la H. Corte Constitucional en sentencia T-894 de 2013. H. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio, ha manifestado lo siguiente:

¹⁴ Ver sentencias T-725 de 2010 (MP Juan Carlos Henao Pérez) y T-388 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), entre otras.

¹⁵ Ver sentencias T-563 de 2010 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-648 de 2011, T-388 de 2012, T-466 y T-500 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

Expediente:	70-001-33-33-002-2014-00235-01
Actor:	IRENE ESTHER JARAMILLO ORTIZ
Demandada:	NUEVA EPS.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 16 DE OCTUBRE DE 2014
Procedencia:	JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Como se observó en el acápite anterior, las enfermedades catastróficas o de alto costo constituyen una excepción a la aplicación del sistema de copagos. No obstante, esta Sala de Revisión observa que su definición y alcance no es un asunto completamente resuelto dentro de la normatividad nacional.

5.1 Según manifestó el director jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social, han sido varias las entidades que históricamente se han encargado de identificar cuáles enfermedades se pueden considerar como catastróficas. En un principio, la competencia para definir las enfermedades ruinosas o de alto costo le fue otorgada al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud –CNSSS–, luego a la Comisión de Regulación en Salud –CRES– y por último, mediante Decreto 2562 de 2012 la competencia fue trasladada al Ministerio de Salud y Protección Social en cabeza de la Dirección de regulación de beneficios, costos y tarifas del aseguramiento en salud.

En relación con los criterios para identificar las enfermedades de alto costo, el representante del Ministerio cita la Resolución 5261 de 1994 (también conocido como MAPIPOS¹⁶) que definió este tipo de patologías como aquellas que “representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo efectividad en su tratamiento”¹⁷. Nótese como esta definición presenta de entrada un problema normativo, por cuanto la Resolución de marras perdió vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano¹⁸. Actualmente, el plan de servicios POS (tanto para el régimen contributivo como subsidiado) es el contenido dentro del Acuerdo 029 de 2011.

El Acuerdo 029 de 2011, por el cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud, no incluye una definición ni los criterios para establecer las enfermedades de alto costo, pero sí presenta el siguiente listado:

“Artículo 45. Alto costo. Para efectos de las cuotas moderadoras y copagos, los eventos y servicios de alto costo incluidos en el Plan Obligatorio de Salud corresponden a:

1. Trasplante renal, de corazón, de hígado, de médula ósea y de córnea.
2. Diálisis peritoneal y hemodiálisis.
3. Manejo quirúrgico para enfermedades del corazón.
4. Manejo quirúrgico para enfermedades del sistema nervioso central.
5. Reemplazos articulares.
6. Manejo médico-quirúrgico del Gran Quemado.
7. Manejo del trauma mayor.
8. Diagnóstico y manejo del paciente infectado por VIH.
9. Quimioterapia y radioterapia para el cáncer.
10. Manejo de pacientes en Unidad de Cuidados Intensivos.
11. Manejo quirúrgico de enfermedades congénitas.

5.2 Ahora bien, el concepto presentado por el representante del Ministerio de Salud y Protección Social sugiere restringir taxativamente las enfermedades de alto costo al listado consagrado en los artículos 45 y 66 del Acuerdo 029 de 2011, dependiendo del régimen de afiliación. Esta Sala de Revisión no comparte dicha postura por los argumentos que a continuación se desarrollan:

¹⁶ Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

¹⁷ Resolución 5261 de 1994, art. 16 y 17.

¹⁸ Teniendo en cuenta que la Resolución 5261 de 1994 se dictó con fundamento en el Acuerdo 08 de 1994 del CNSSS y que dicho Acuerdo fue derogado de manera expresa por el Acuerdo 008 de 2009 de la Comisión de Regulación en Salud.

(i) En primer lugar, el artículo 66 se enmarca dentro del título II referente a la cobertura de transición para la población afiliada al régimen subsidiado sin unificación, por lo que el mismo perdió sentido con la unificación de los regímenes en salud, promovido mediante el Acuerdo 032 de 2012 de la Comisión de Regulación de Salud.

(ii) La redacción misma del artículo 45 evidencia que se trata de tipos abiertos (v.gr. manejo del trauma mayor, manejo de pacientes en cuidados intensivos, manejo quirúrgico para enfermedades del sistema nervioso central), los cuales no delimitan estrictamente las tecnologías en salud exceptuadas del sistema de copagos, sino que presentan directrices para la identificación de los servicios que pueden ser considerados como de alto costo.

(iii) Como tercer aspecto, es necesario considerar que el Sistema General de Seguridad Social en Salud está constitucional y legalmente “orientado a generar condiciones que protejan la salud de los colombianos, siendo el bienestar del usuario el eje central y núcleo articulador de las políticas en salud”¹⁹. Siguiendo este enfoque, la Corte Constitucional ha aplicado en numerosas ocasiones el principio “pro homine” para fijar el alcance y contenido de un derecho fundamental²⁰. Es por ello que ante la ausencia de una definición legal y de los criterios para determinar las enfermedades de alto costo, se hace necesario llevar a cabo una interpretación a favor de los ciudadanos y su derecho a acceder efectivamente a los servicios de salud, en condiciones de equidad.

(iv) Otra característica esencial del sistema del Sistema General de Seguridad Social en Salud está dado por su vocación de actualización. En efecto, la Ley 1438 de 2011 prescribe que el POS “deberá actualizarse integralmente una vez cada dos (2) años atendiendo a cambios en el perfil epidemiológico y carga de la enfermedad de la población, disponibilidad de recursos, equilibrio y medicamentos extraordinarios no explícitos dentro del Plan de Beneficios”²¹. Asimismo, que cada cuatro (4) años el Gobierno Nacional hará una evaluación integral del Sistema General de Seguridad Social en Salud con base en indicadores tales como “la incidencia de enfermedades crónicas no transmisibles y en general las precursoras de eventos de alto costo”²². Lo anterior, permite inferir que el listado contemplado en el artículo 45 del Acuerdo 029 de 2011 no debe entenderse como un registro taxativo e inmodificable de los eventos de alto costo, sino por el contrario que el mismo debe actualizarse periódicamente con base en los indicadores epidemiológicos y de morbilidad que se realicen en el país, siendo uno de ellos precisamente los eventos de alto costo.

(v) Muestra de lo anterior es la ampliación del catálogo de enfermedades catastróficas que ha impulsado el Ministerio de la Protección Social²³. En el año 2007, mediante el Decreto 2699 se consagró una cuenta de alto costo, así:

“Artículo 1°. Cuenta de alto costo. Las Entidades Promotoras de Salud, de los Regímenes Contributivo y Subsidiado y demás Entidades Obligadas a Compensar (EOC) administrarán financieramente los recursos destinados al cubrimiento de la atención de las enfermedades ruinosas y catastróficas -alto costo- y de los correspondientes a las actividades de protección específica, detección temprana y atención de enfermedades de interés en salud pública directamente relacionadas con el alto costo, que en sendos casos determine el Ministerio de la Protección Social, en una cuenta denominada

¹⁹ Ley 1438 de 2011, artículo 2.

²⁰ Por ejemplo, como regla interpretativa de la convenciones internacionales se ha señalado que “(...) en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan estos derechos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos” Sentencia C-251 de 1997, C-318 de 1998, C-148 de 2005 y T-760 de 2008.

²¹ Ley 1438 de 2011, artículo 25.

²² Ley 1438 de 2011, artículo 2.

²³ Ahora Ministerio de Salud y Protección Social.

Expediente:	70-001-33-33-002-2014-00235-01
Actor:	IRENE ESTHER JARAMILLO ORTIZ
Demandada:	NUEVA EPS.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 16 DE OCTUBRE DE 2014
Procedencia:	JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

“cuenta de alto costo” que tendrá dos subcuentas correspondientes a los recursos anteriormente mencionados”.

Atendiendo lo anterior, el Ministerio, mediante Resolución 2565 de 2007, declaró la enfermedad renal crónica como de alto costo, asimismo fijó las actividades de protección específica, detección temprana y atención de la misma. Posteriormente, la Resolución 3974 de 2009, considerando conveniente incluir en esta cuenta otras enfermedades, y de esta manera evitar la selección de riesgo de los usuarios por parte de las EPS y de los entes territoriales y evitar la distribución inequitativa de los costos de la atención de los distintos tipos de riesgo, dispuso incluir las siguientes enfermedades:

“Artículo 1°. Enfermedades de Alto Costo. Para los efectos del artículo 1° del Decreto 2699 de 2007, sin perjuicio de lo establecido en la Resolución 2565 de 2007, téngase como enfermedades de alto costo, las siguientes:

- a) Cáncer de cérvix*
 - b) Cáncer de mama*
 - c) Cáncer de estómago*
 - d) Cáncer de colon y recto*
 - e) Cáncer de próstata*
 - f) Leucemia linfoide aguda*
 - g) Leucemia mieloide aguda*
 - h) Linfoma hodgkin*
 - i) Linfoma no hodgkin*
 - j) Epilepsia*
 - k) Artritis reumatoidea*
 - l) Infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA)”.*
- (Subrayado fuera del original)*

No obstante lo anterior, en sede de revisión de tutela el director jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social señaló a esta corporación que “el Decreto 2699 de 2007 y la Resolución 3974 de 2009 sobre la cuenta de alto costo, tienen una finalidad distinta a definir eventos de alto costo para efectos de excepción en el cobro de copagos”^[49]. Dicha aseveración, además de no explicar por qué tales eventos definidos como de alto costo no pueden invocarse para la excepción del sistema de copagos, contradice la postura del propio Ministerio de Salud plasmada en el Concepto 124526²⁴, de junio 15 de 2012, el cual de forma expresa se concluyó:

“En este orden de ideas y en desarrollo de lo previsto en el artículo 1 del Decreto 2699 de 2007, se tiene que estando definidas las enfermedades descritas en el artículo 1 de la Resolución 3974 de 2009 como de alto costo, éstas en cumplimiento de lo previsto en el artículo 7 del Acuerdo 260 de 2004, también estarán sujetas a la exoneración del cobro de copagos”.

En síntesis, existe un vacío normativo en relación con la definición y los criterios para establecer las enfermedades de alto costo²⁵. Dicha falencia no puede ser resuelta de forma exegética en contra de

²⁴ Concepto que tiene los efectos determinados en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

²⁵ Ello sin mencionar que la noción misma de “alto costo” es en sí misma altamente subjetiva: “Adicionalmente, considera la Corte que el carácter de “alto costo” es un criterio que no sólo debe ser fijado y analizado en cuanto al costo económico de la prestación en salud, sino también en relación con la capacidad de pago del usuario. Por tanto, la Sala considera que el criterio de “alto costo” es un criterio relativo al status socio-económico del ciudadano y su capacidad adquisitiva. En este sentido, bien puede suceder que una prestación en salud tenga un costo económico o precio relativamente alto en términos económicos pero pueda ser sufragada por el usuario, mientras que por el contrario, puede

Expediente:	70-001-33-33-002-2014-00235-01
Actor:	IRENE ESTHER JARAMILLO ORTIZ
Demandada:	NUEVA EPS.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 16 DE OCTUBRE DE 2014
Procedencia:	JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

la garantía del derecho fundamental a la salud. Además por la naturaleza misma del Sistema General de Seguridad Social en Salud es necesario que el listado de enfermedades consideradas como catastróficas no sea un catálogo estático, sino uno que se actualice en atención a los estudios epidemiológicos del país.

8.5. Presupuestos para configuración de la carencia actual de objeto por hecho superado en la acción constitucional

La acción de tutela parte de la base de la existencia de una acción u omisión que ponga en riesgo o vulnera un derecho fundamental. Por lo anterior, cuando en el curso de la actuación procesal la autoridad incumplida materializa el derecho fundamental que se pretende vulnerado, se da como consecuencia la cesación de la actuación impugnada, teniendo esto como consecuencia procesal la negativa del amparo, fundamentado lo anterior en el artículo 26 del Decreto Ley 2591 de 1991²⁶.

“3. Carencia actual de objeto. Reiteración Jurisprudencial.

3.1. La Corte Constitucional ha hecho referencia a la “carencia actual de objeto”, fundamentado ya en la existencia de un hecho superado²⁷ o ya en un daño consumado²⁸.

3.2. La carencia actual de objeto por hecho superado, se constituye cuando lo pretendido con la acción de tutela era una orden de actuar o dejar de hacerlo y, previamente al pronunciamiento del juez de tutela, sucede lo requerido. En este caso, desaparece la vulneración o amenaza de vulneración de los derechos constitucionales fundamentales o, lo que es lo mismo, se satisface lo pedido en la tutela, siempre y cuando -se repite-, suceda antes de proferirse el fallo, con lo cual “la posible orden que impartiera el juez caería en el vacío”^{29”30}.

En estos casos, no es perentorio para los jueces de instancia, aunque sí para la Corte en sede de Revisión³¹, incluir en la argumentación de su fallo el análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales planteada en la demanda. Sin embargo puede hacerlo, sobre todo si considera que la

suceder que una prestación en salud no tenga un costo económico alto, pero que no obstante no pueda ser sufragada por el usuario dada su condición económica y capacidad de pago” Sentencia C-463 de 2008.

²⁶ “ARTICULO 26. CESACION DE LA ACTUACION IMPUGNADA. Si, estando en curso la tutela, se dictare resolución, administrativa o judicial, que revoque, detenga o suspenda la actuación impugnada, se declarará fundada la solicitud únicamente para efectos de indemnización y de costas, si fueren procedentes.

El recurrente podrá desistir de la tutela, en cuyo caso se archivará el expediente.

Cuando el desistimiento hubiere tenido origen en una satisfacción extraprocesal de los derechos reclamados por el interesado, el expediente podrá reabrirse en cualquier tiempo, si se demuestra que la satisfacción acordada ha resultado incumplida o tardía.”

²⁷ Sentencias T-233 de 2006, T-1035 de 2005, T-935 y T-936 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-1072 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-539 de 2003, T-923 de 2002, T-1207 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-428 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

²⁸ Sentencias T-184 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-808 de 2005, T-980 de 2004, T-696 y T-436 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-288 de 2004 y T-662 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-496 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-084 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-498 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero

²⁹ T-519 de 1992, M.P., José Gregorio Hernández Galindo

³⁰ Sentencia SU-540 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

³¹ Esto se debe a que la Corte Constitucional, como Juez de máxima jerarquía de la Jurisdicción Constitucional tiene el deber de determinar el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita.

Expediente:	70-001-33-33-002-2014-00235-01
Actor:	IRENE ESTHER JARAMILLO ORTIZ
Demandada:	NUEVA EPS.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 16 DE OCTUBRE DE 2014
Procedencia:	JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes, si así lo considera.

Empero, según la jurisprudencia de la Corte, lo que sí resulta ineludible en estos casos, es que la providencia judicial incluya la demostración de la reparación del derecho antes del momento del fallo, es decir que se demuestre el hecho superado³².³³

En igual sentido ha manifestado la H. Corporación:

“Se ha entendido que la decisión del juez de tutela carece de objeto cuando, en el momento de proferirla, se encuentra que la situación expuesta en la demanda, que había dado lugar a que el supuesto afectado intentara la acción, ha cesado, desapareciendo así toda posibilidad de amenaza o daño a los derechos fundamentales. De este modo, se entiende por hecho superado³⁴ la situación que se presenta cuando, durante el trámite de la acción de tutela o de su revisión en esta Corte, sobreviene la ocurrencia de hechos que demuestran que la vulneración de los derechos fundamentales, en principio informado a través de la instauración de la acción de tutela, ha cesado.³⁵

8.6. Caso en concreto.

La señora IRENE ESTHER JARAMILLO ORTIZ pretende por vía de tutela el amparo de sus derechos fundamentales, a la vida, la igualdad, dignidad humana, a la salud y a la seguridad social; presuntamente amenazados por la NUEVA E.P.S., que se rehúsa en realizarle unos procedimientos médicos hasta tanto no se cancele el valor del copago.

Es de notar, que al momento de interponer la acción de tutela, la accionante solicitó medida provisional para que la entidad accionada realizara los exámenes médicos INMUNOHISTOQUIMICA DE BIOPSIA DE PIEL EN REGIÓN PECTORAL DE LA PATOLOGÍA No. 11476-I, RECEPTORES HORMONALES, Her 2 Niu Ki67; El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, ordenó a la NUEVA E.P.S., seguir prestando los servicios requeridos por la paciente por la patología que reporta y en consecuencia practicar los procedimientos antes mencionados de manera pronta y adecuada.

Así mismo ordenó vincular al INSTITUTO DE CANCEROLOGÍA DE SUCRE-INCANS, el cual contestó en tiempo y manifestando que la tutelante fue valorada por especialistas el día 4 de septiembre de 2014, ordenándole los exámenes antes mencionados, pero que hasta la fecha 8 de octubre de 2014 no se había recibido orden de servicios.

³² Sentencia T-170 de 2009 M.P. Humberto Sierra Porto

³³ Sentencia T-634 de 2009.

³⁴ Ver Sentencia T-481 de 2010. M.P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-146 de 2012. M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

Ahora bien, entrando más a fondo sobre el asunto que nos compete, se tiene que la accionante es una paciente diagnosticada con cáncer de mama aproximadamente hace 11 años; actualmente fue valorada y le encontraron un tumor canceroso de origen metastásico, por lo cual esta enfermedad está catalogada como catastrófica o de alto costo, lo que se resume en que es deber de la entidad prestadora del servicio en brindarle toda la atención que requiere debido a su condición, es decir no se puede poner en riesgo la vida de una persona cuando una de las excepciones para la exoneración de cuotas moderadoras o copagos son este tipo de enfermedades.

La NUEVA E.P.S., no puede poner barreras a los pacientes cuando estos no tienen la capacidad económica para realizar erogaciones que en su estado no le corresponden; la EPS., ha obstaculizado la prestación del servicio por no haberse cancelado los copago o cuotas moderadoras que le exigen a la tutelante para poder realizarle los exámenes ordenados por su médico tratante; el acuerdo 260 de 2004 estipula las excepciones para que los pacientes sean eximidos de realizar los pagos antes mencionados, el artículo se cita a continuación:

Artículo 7º. *Servicios sujetos al cobro de copagos.* Deberán aplicarse copagos a todos los servicios contenidos en el plan obligatorio de salud, con excepción de:

1. Servicios de promoción y prevención.
2. Programas de control en atención materno infantil.
3. Programas de control en atención de las enfermedades transmisibles.
- 4. Enfermedades catastróficas o de alto costo.**
5. La atención inicial de urgencias.
6. Los servicios enunciados en el artículo precedente.

(Negrilla fuera del texto)

Aunado a lo anterior, es claro que de acuerdo a las excepciones no se puede cobrar copagos o cuotas moderadoras a los pacientes que por su enfermedad se encuentren dentro de esta clasificación, así que la EPS deberá de manera urgente prestar el servicio de salud sin dilataciones con el objetivo de garantizar de manera pronta y oportuna el acceso a los servicios que requiera.

Igualmente, el Juez presume de la buena fe de la accionante y en este sentido la carga de la prueba se invierte y le corresponde demostrar a la accionada lo contrario a lo narrado en el escrito de tutela, en efecto la Corte Constitucional en sentencia T-150 del 2012³⁶ se ha referido al respecto.

³⁶ (...) *La jurisprudencia ha trazado unas reglas probatorias específicas para establecer la capacidad económica de los pacientes que aducen no tenerla. Al respecto, se ha dicho que la EPS siempre cuenta con información acerca de la condición económica de la persona, lo que le permite inferir si puede o no cubrir el costo. Por eso, uno de los deberes de las EPS consiste en valorar si, con la información disponible o con la que le solicite al interesado, éste carece de los medios para soportar la carga económica.*

De este modo, de presentarse una acción de tutela, la EPS debe aportar la información al juez de tutela, para establecer la capacidad económica de los pacientes que requieren servicios de salud no incluidos en el POS o de cuotas moderadoras.

En el escrito de impugnación, la NUEVA E.P.S., ratificó que la orden de los procedimientos estaba dada; pero es preciso indicar que si bien ellos alegan que los exámenes ya fueron realizados con exoneración del pago moderador, no se configura el hecho superado por cuanto se está frente a una paciente que requiere atención de calidad para salvaguardar y proteger sus derechos fundamentales a la vida y a la salud presuntamente vulnerados, sin demoras en el servicio. En efecto no se probó que se le hubieran realizado los procedimientos, para hablar de hecho superado.

En lo referente a la petición de que el FOSYGA reembolse las expensas de los gastos en que incurre para los procedimientos realizados a la accionante, para esta Sala de decisión, como quiera que de acuerdo a la orden de aprobación de servicios³⁷ los exámenes a realizar son los siguientes: i- ESTUDIO DE RECEPTORES HORMONALES ESTROGENICOS EN BIOPSIA, ii- ESTUDIO DE COLORACIÓN INMUNOHISTOQUIMICA EN BIOPSIA +, iii- ESTUDIO DE MICROSCOPIA ELECTRÓNICA EN ESPECIMEN CON RESECCIÓN DE MARGENES no se encuentran incluidos en el POS según Resolución No. 5521 de 2013, resulta procedente el respectivo recobro. In extenso se transcribe aparte de la Resolución en mención.

2188	89.8.1	PROCEDIMIENTOS [ESTUDIOS] ANATOMOPATOLOGICOS, EN BIOPSIA
	Nota: Están cubiertos todos los procedimientos de la Categoría (89.8.1), salvo: Estudio de biología molecular en biopsia, Estudio de citogenética en biopsia y Estudio de oncogenes en biopsia	
2189	89.8.2	PROCEDIMIENTOS [ESTUDIOS] ANATOMOPATOLÓGICOS EN ESPECIMEN
	Nota: Están cubiertos todos los procedimientos de la Categoría (89.8.2), salvo: Estudio de biología molecular en espécimen de reconocimiento, Estudio de biología molecular en espécimen con múltiple muestreo, Estudio de biología molecular en espécimen con resección de márgenes, Estudio de coloración inmufluorescencia en espécimen con mapeo y Estudio de microscopia electrónica en espécimen con mapeo	

El juez de tutela debe presumir la buena fe de toda persona, por lo que debe suponer la veracidad de los reclamos que exponen los ciudadanos respecto a cuál es su situación económica. Sin embargo, se trata de una presunción que puede ser desvirtuada con la información que sea aportada al proceso. Las reglas aplicables han sido fijadas por la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos:

La carga probatoria de la incapacidad económica se invierte en cabeza de la EPS o ARS demandada, cuando en el proceso solamente obre como prueba al respecto, la afirmación que en este sentido haya formulado el accionante en el texto de demanda o en la ampliación de los hechos.^[16]

Esta Corporación ha establecido que, en la medida que las EPS o ARS tienen en sus archivos, información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados, estas entidades están en la capacidad de controvertir las afirmaciones formuladas por los accionantes referentes a su incapacidad económica. Por tal razón, su inactividad al respecto, hace que las afirmaciones presentadas por el accionante se tengan como prueba suficiente.

Ante la ausencia de otros medios probatorios, hechos como el desempleo, la afiliación al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiario y no de cotizante,^[17] pertenecer al grupo poblacional de la tercera edad y tener ingresos mensuales equivalentes a un salario mínimo legal mensual, pueden ser tenidos en cuenta como prueba suficiente de la incapacidad económica del accionante, siempre y cuando tal condición no haya sido controvertida por el demandado^[18].

³⁷ Obrante a folio 8 del C. Ppal.

Expediente:	70-001-33-33-002-2014-00235-01
Actor:	IRENE ESTHER JARAMILLO ORTIZ
Demandada:	NUEVA EPS.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 16 DE OCTUBRE DE 2014
Procedencia:	JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Así mismo la misma Corte en sentencia T-576 de 2008 se ha referido al tratamiento integral de la siguiente manera:

El principio de integralidad es así uno de los criterios aplicados por la Corte Constitucional para decidir sobre asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad con él, las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud - SGSSS - deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento^[44].” (Subrayado fuera del texto original).

En síntesis, el principio de integralidad, tal y como ha sido expuesto, comprende dos elementos: “(i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología”^[46].

Así pues, se ordenará a la entidad accionada, que si no lo ha efectuado, proceda a brindar un **tratamiento integral**, es decir, todos los exámenes, autorizaciones y medicamentos que requiera para el mejoramiento de su salud; ya que de esta manera se garantiza el servicio de salud a la señora IRENE JARAMILLO ORTIZ.

En conclusión, esta Sala confirmará el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo con funciones del sistema oral.

XII. CONCLUSIÓN

Colofón de lo expuesto, la respuesta al problema jurídico planteado es negativo, por cuanto la figura de hecho superado se constituye cuando efectivamente se ha demostrado la realización de los exámenes lo cual no ocurrió en el presente evento, por tanto la entidad accionada se encuentra vulnerando los derechos fundamentales invocados por la señora IRENE ESTHER JARAMILLO ORTIZ.

XIII. DECISIÓN

Atendiendo lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, Sala Tercera de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia del 16 de octubre de 2014 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo con funciones del sistema oral, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Expediente:	70-001-33-33-002-2014-00235-01
Actor:	IRENE ESTHER JARAMILLO ORTIZ
Demandada:	NUEVA EPS.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 16 DE OCTUBRE DE 2014
Procedencia:	JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, y **ENVÍESE** copia de la presente decisión al juzgado de origen.

TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMÍTASE** el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con el 32 del Decreto 2591 de 1991.

El proyecto de esta providencia se consideró y aprobó por este Tribunal, en sesión ordinaria de la fecha, según consta en el Acta de Sala No. 170.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Magistrado

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado