REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO SEGUNDO (2.º) CIVIL MUNICIPAL

Floridablanca, septiembre seis (6) de dos mil diecinueve (2019)

I. ASUNTO

Proferir fallo dentro de la acción de tutela de la referencia.

II. HECHOS RELEVANTES

La señora Yomaira Patricia López Fuentes pide a favor de su hija (Juliana Rojas López de 9 años de edad) tutela de, entre otros, su derecho fundamental a la salud, pues el médico tratante prescribió un estudio molecular para determinar el origen de la LEUCOPENIA, pero la Nueva EPS no lo ha autorizado. Dice que la adecuada atención para su hija es determinante y se encuentra en una carrera contra el tiempo. Afirma que los estudios genéticos no tienen cobertura y es para determinar si se trata de una enfermedad huérfana. Pidió la exoneración de copagos y cuotas moderadoras, atención integral y cubrimiento de gastos de transporte y alojamiento de ser necesario.

III. TRÁMITE ADELANTADO

3.1. Mediante auto del 23 de agosto de 2018 se avocó conocimiento, se decretó una medida provisional y se ordenó la vinculación del ADRES.

3.2. El 27 de agosto la apoderada especial de la EPS accionada luego de resumir los hechos de la tutela y citar fragmentos de jurisprudencia, se refirió a la capacidad económica del grupo familiar de la paciente, pues el IBC es de $7.923.226. En su sentir, la tutela es improcedente en tanto la no supera el requisito de subsidiariedad. Sobre el transporte y alojamiento dijo que se trata de un servicio no cubierto por el PBS y a cargo de la familia en virtud del principio de solidaridad. Frente a la petición de amparo integral la consideró improcedente por tratarse de hechos futuros e inciertos. Pidió que de ser concedida la tutela, se le otorgue la facultad de recobro ante el ADRES.

3.3. El 30 de agosto el apoderado del ADRES destacó que la entidad es una administradora de recursos y no presta servicios de salud. Esto último es función de la EPS, por lo cual existe falta de legitimación por pasiva. Por último, pidió que no se otorgue la facultad de recobro ya que ello desborda el fin de la tutela.

3.4. Con el trámite antes indicado este Despacho estima integrado debidamente el contradictorio. Al respecto, la Honorable Corte Constitucional en Auto 059 de 2011 estableció cuál es la fórmula que debe aplicarse cuando el Juez de segunda instancia considere que el *A quo* omitió vincular alguna entidad que se pudiera ver afectada con la decisión. Dijo la Corte en dicha providencia que lo procedente era que el *Ad quem* resuelva la impugnación vinculando a la entidad que hubiese echado de menos y no decretar la nulidad de lo actuado, esto en aras de evitar dilaciones injustificadas.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia.

Este juzgado es competente para conocer de la presente actuación de conformidad con lo previsto en los artículos 86 de la Constitución Política y 37 del Decreto 2591 de 1991, en consonancia con las reglas de reparto previstas en el Decreto 1983 de 2017.

4.2. Problema jurídico.

¿Se viola el derecho fundamental a la salud de una menor cuando una EPS no autoriza un examen prescrito, el cual permitiría establecer el tratamiento a seguir?

4.3. Principio de integralidad predicable del derecho a la salud. Casos en los que procede la orden de tratamiento integral; Responsabilidades de las EPS en el cumplimiento de las funciones indelegables del aseguramiento; La posibilidad de exoneración de copagos y cuotas moderadoras, el derecho al diagnóstico en enfermedades huérfanas, servicio de transporte y exámenes para detección temprana del cáncer.

4.3.1. Principio de integralidad predicable del derecho a la salud. Casos en los que procede la orden de tratamiento integral.

Este tema ha sido estudiado por la Corte Constitucional bajo dos perspectivas en la sentencia ST 597 de 2016 MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

*«(…) Con relación al principio de integralidad en materia de salud, esta Corporación ha estudiado el tema bajo dos perspectivas, la primera, relativa al concepto mismo de salud y sus dimensiones y, la segunda, a la totalidad de las prestaciones pretendidas o requeridas para el tratamiento y mejoría de las condiciones de salud y de la calidad de vida de las personas afectadas por diversas dolencias o enfermedades.*

*Así las cosas, esta segunda perspectiva del principio de integralidad constituye una obligación para el Estado y para las entidades encargadas de brindar el servicio de salud pues les obliga a prestarlo de manera eficiente, lo cual incluye la autorización total de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, terapias, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás que el paciente requiera y que sean considerados como necesarios por su médico tratante.*

*Luego, es posible solicitar por medio de la acción de tutela el tratamiento integral, debido a que con ello se pretende garantizar la atención en conjunto de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes, que han sido previamente determinadas por su médico tratante. Cuando la atención integral es solicitada mediante una acción de tutela el juez constitucional debe tener en cuenta que esta procede en la medida en que concurran los siguientes supuestos:*

*(i) La descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable.*

*Con todo, se torna preciso aclarar que este Tribunal ha identificado una serie de casos en los que se hace necesario otorgar una atención integral al paciente, independientemente de que el conjunto de prestaciones pretendidas se encuentren por fuera del Plan Obligatorio de Salud -POS-, cuales son aquellos en los que están involucrados sujetos de especial protección constitucional, vale decir, los que guardan relación con, entre otros, menores de edad, adultos mayores, desplazados, personas con discapacidad física, o que padezcan de enfermedades catastróficas.*

*Finalmente, debe destacarse que la protección deprecada ha ampliado su cobertura, en tanto que en la actualidad también se ha reconocido la existencia de otros casos excepcionales en los cuales cuando las personas exhiben condiciones de salud extremamente precarias e indignas, le es permitido al juez de tutela otorgar el reconocimiento de las prestaciones requeridas para garantizar su atención integral, con el fin de superar las situaciones límites que los agobian**[[17]](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-597-16.htm%22%20%5Cl%20%22_ftn17%22%20%5Co%20%22). (…)»* (resaltado fuera de texto original)

4.3.2. Responsabilidades de las EPS en el cumplimiento de las funciones indelegables del aseguramiento.

De conformidad con el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 y lo señalado por la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-760 de 2008, tenemos que:

*“4.4.1.…*

*El legislador ha establecido de forma categórica que ‘las Entidades Promotoras de Salud –EPS– en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento’ (artículo 14, Ley 1122 de 2007). De acuerdo con la propia legislación, el ‘aseguramiento en salud’ comprende (i) la administración del riesgo financiero,  (ii) la gestión del riesgo en salud,  (iii) la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, (iv) la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y (v) la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario”.*

A su vez, el Alto Colegiado ha considerado lo siguiente en relación con la obligación de la prestación del servicio de salud por parte de las EPS:

*“2.3. Uno de los contenidos obligacionales de la prestación de los servicios de salud que corresponde al Estado, hace referencia a que este servicio público esencial sea proporcionado en forma ininterrumpida, oportuna e integral; razón por la que las justificaciones relacionadas con problemas presupuestales o de falta de contratación, así como la invención de trámites administrativos innecesarios para la satisfacción del derecho a la salud, constituyen, en principio, no solo una vulneración al compromiso adquirido en la previsión de todos los elementos técnicos, administrativos y económicos para su satisfacción, sino también un severo irrespeto por esta garantía fundamental.*

*Por este motivo, las Entidades Promotoras de Salud, al tener encomendada la administración de la prestación de estos servicios, que a su vez son suministrados por las IPS, no pueden someter a los pacientes a demoras excesivas en la prestación de los mismos o a una paralización del proceso clínico por razones puramente administrativas o burocráticas, como el cambio de un contrato médico. En efecto, cuando existe una interrupción o dilación arbitraria, esto es, que no está justificada por motivos estrictamente médicos, las reglas de continuidad y oportunidad se incumplen y en consecuencia, al prolongarse el estado de anormalidad del enfermo y sus padecimientos, se desconoce el derecho que tiene toda persona de acceder en condiciones dignas a los servicios de salud.*

*(…)*

*2.7. Las demoras ocasionadas por estos factores o el hecho de diferir tratamientos o procedimientos recomendados por el médico tratante sin razón aparente, coloca en condiciones de riesgo la integridad física y mental de los pacientes, mereciendo mayor reproche si se trata de órdenes emitidas por un profesional adscrito a la entidad, pues los afiliados, aún bajo la confianza de la aptitud de estas prescripciones institucionales, deben someterse a esperas indeterminadas que culminan muchas veces por distorsionar y diluir el objetivo de la recomendación originalmente indicada, como quiera que el mismo paso del tiempo puede modificar sustancialmente el estado del enfermo, su diagnóstico y consecuente manejo.*

*2.8. En síntesis, cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una gestión diligente, una EPS demora un tratamiento o procedimiento médico al cual la persona tiene derecho, viola su derecho a la salud e impide su efectiva recuperación física y emocional, pues los conflictos contractuales que puedan presentarse entre las distintas entidades o al interior de la propia empresa como consecuencia de la ineficiencia o de la falta de planeación de estas, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y clausura óptima de los servicios médicos prescritos.”[[1]](#footnote-1)*

4.3.3. La posibilidad de exoneración de copagos y cuotas moderadoras, el derecho al diagnóstico en enfermedades huérfanas, servicio de transporte y exámenes para detección temprana del cáncer.

Para el desarrollo de este acápite tendremos como referentes, entre otras, las sentencias T-206 de 2013, T-402 de 2018 y SU-124 de 2018 de la Corte Constitucional.

En la sentencia T-206 de 2013 se refirió a los requisitos para ordenar el suministro de transporte y alimentación tanto al paciente como a un acompañante, máxime cuando el primero es un menor de edad:

“…

A partir de esta última situación, las subreglas jurisprudenciales en materia de gastos de **transporte** intermunicipal se circunscriben a los siguientes eventos*[[2]](#footnote-2)*:

1. *El servicio fue autorizado directamente por la EPS, remitiendo a un prestador de un municipio distinto de la residencia del paciente[[3]](#footnote-3).*
2. *Ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado.*
3. *De no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.*
4. *Si la atención médica en el lugar de remisión exigiere más de un día de duración se cubrirán los gastos de alojamiento.*

En el mismo sentido, fueron establecidas 3 situaciones en las que procede el amparo constitucional en relación con la financiación de un **acompañante** del paciente[[4]](#footnote-4), como se lee:

1. *el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento,*
2. *requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y*
3. *ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado.*

De forma puntual, en torno a la capacidad económica del paciente y su familia, este tribunal ha concluido:

*Sumado a lo anterior, esta Corte ha reconocido que:*

*“(…)… la identificación de los eventos en los cuales es viable autorizar el servicio de transporte o suministrar ayuda económica depende del análisis fáctico en cada caso concreto, donde el juez debe* ***evaluar la pertinencia, necesidad y urgencia de la medida****, así como las condiciones* ***económicas del actor y su núcleo familiar****. Así entonces, cuando deban prestarse servicios médicos en lugares diferentes al de la sede del paciente, si éste ni su familia disponen de los recursos suficientes para tal fin y se comprometen sus derechos fundamentales, procede la acción de tutela para ordenar a la EPS que pague los costos pertinentes y, posteriormente, recobre a la entidad estatal correspondiente, por los valores que no esté obligada a sufragar”.[[5]](#footnote-5)*

*…”*

Por otro lado, de la sentencia SU-124 de 2018 se destaca que la discusión sobre la inclusión o no en los anexos de la Resolución 1132 de 2017 de un determinado examen no es propia al interior de la tutela, en tanto la verdadera discusión gira en torno a la vulneración o no del derecho fundamental a la salud. Pero en todo caso, llama la atención que el ESTUDIO MOLECULAR DE ENFERMEDADES sí estaría dentro de las coberturas del PBS bajo el código 908412 como anexo en la Resolución 5269 de 2017.

Por su parte, en la sentencia T-402 de 2018, sobre la exoneración de copagos y cuotas moderadoras se destacó:

“…

En particular, sobre la prestación del servicio de salud requerida por menores de edad, ha señalado la Corte que el examen de los requisitos para el otorgamiento de prestaciones en salud debe realizarse de forma flexible, en aras de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos.[[6]](#footnote-6)

En conclusión, tanto la legislación colombiana como la jurisprudencia constitucional han sido claras en señalar el trato preferente que deben tener los menores de edad para la satisfacción de su derecho a la salud, razón por la cual todas las entidades prestadoras del servicio de salud deben respetar y garantizar de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita el acceso efectivo y continuo al derecho a la salud del cual son titulares.[[7]](#footnote-7)

…

En conclusión, la Corte afirmó que conforme a lo previsto en la Ley 100 de 1993 y en el Acuerdo 260 de 2004, por regla general, toda persona que padezca una enfermedad calificada como de alto costo, en las que se incluyen las enfermedades denominadas huérfanas, adquiere el estatus de sujeto de especial protección constitucional y se encuentra eximida de la obligación de realizar el aporte de copagos, cuotas moderadoras o cuotas de recuperación, independientemente de si se encuentra inscrito en el régimen contributivo o subsidiado.[[8]](#footnote-8)

…”

4.4. Caso concreto.

La respuesta al problema jurídico es sí. En efecto, se viola el derecho fundamental a la salud de una menor cuando una EPS no autoriza un examen prescrito, máxime cuanto éste permitiría establecer el tratamiento a seguir.

Estamos frente a una persona destinataria de especial protección, pues se trata de una menor de apenas 9 años de edad y adicional padece una enfermedad catalogada como catastrófica o ruinosa. De este modo, se torna indiferente la discusión sobre si el examen prescrito está o no en el PBS. Lo cierto es que se necesita un diagnóstico más preciso para establecer el tratamiento a seguir, luego como bien lo calificó la madre de la menor, se trata de una carrera contra el tiempo.

La EPS al oponerse a la prosperidad de la tutela está legitimada para controvertir la capacidad económica de la familia de la paciente. Sin embargo, la Corte Constitucional ha insistido sobre la flexibilidad del examen de requisitos en la tutela a la hora de analizar el caso de menores que padecen enfermedades huérfanas, raras, catastróficas o ruinosas. De este modo, si bien el IBC del grupo familiar es de $7.923.226 el mismo resulta insuficiente para atender el eventual costo del examen, ello si tomamos como referencia los casos debatidos en la sentencia SU-124 de 2018. Como se anotó, en la mencionada jurisprudencia se citó que el ESTUDIO MOLECULAR DE ENFERMEDADES sí estaría dentro de las coberturas del PBS bajo el código 908412 como anexo en la Resolución 5269 de 2017, por ello de nuevo se torna indiferente si la familia de la paciente cuenta o no con recursos, pues todo indica que se trata de un examen cubierto por el PBS.

En conclusión frente a este primer asunto (procedencia del examen) es claro que la EPS debe proceder a su práctica de manera inmediata. El no hacerlo pone en riesgo la vida de la menor, ya que retrasa la determinación del diagnóstico.

Ahora bien, frente a la solicitud de exoneración de copagos y cuotas moderadoras la EPS se opuso, para lo cual hizo énfasis en la capacidad económica de la familia de la menor. Sobre este punto, la razón de la exoneración de los copagos y cuotas moderadoras no está ligada con la capacidad económica del beneficiario sino por la naturaleza de la enfermedad padecida. Al respecto, el artículo 7.º del Acuerdo 260 de 2004 señala lo siguiente:

**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.

Al tratarse de una enfermedad catastrófica o de alto costo, existe el respaldo normativo para sustentar la exoneración de copagos y cuotas moderadoras, lo cual va orientado a garantizar la continuidad en la atención. De esta forma, no se necesita elaborar otro tipo de tesis o discursos más extensos cuando la norma aplicable es clara y precisa.

En lo referente a la orden de tratamiento integral, de manera similar a lo valorado por la Corte en la sentencia T-402 de 2018 debemos decir que el mismo es procedente dado el diagnóstico de la enfermedad, pues es fácil y lógico concluir que en lo sucesivo la menor requerirá una atención continua y constante, luego lejos de calificarse como la cobertura de hechos futuros e inciertos, en realidad se trata de garantizar el derecho a la salud de la niña.

Y referente a la eventual necesidad de transporte, alojamiento y alimentación para la menor y su acompañante si es que el examen debe practicarse en otra ciudad, ahí sí adquiere relevancia la objeción presentada por la EPS sobre la capacidad económica del grupo familiar de la paciente. Para que exista claridad sobre el particular, la EPS como primera medida procurará brindar la atención en el área metropolitana independiente que tenga o no contrato con la respectiva IPS. En el evento de no existir en el área metropolitana una IPS con el recurso humano y tecnológico suficiente para la práctica de tal examen (panel multigen neogenomics), lo cual obligaría a su desplazamiento (junto con un acompañante) a otra ciudad, deberá realizar una valoración a la menor para establecer si su desplazamiento requiere algún soporte médico especial, caso en el cual se entiende que el transporte especial está cubierto en el PBS. De no requerir un trasporte especial, dada la acreditación de la capacidad económica del entorno familiar de la paciente, se estima que no se cumple con tal requisito (carencia de recursos) para ordenar a la EPS la asunción de tales gastos.

De este modo, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo la EPS deberá autorizar y practicar a la menor el procedimiento de diagnóstico o estudio molecular de enfermedades (panel multigen neogenomics) o cualquier otro que prescriba el médico tratante, pues se otorga amparo integral con la exoneración de copagos y cuotas moderadoras.

Por último, es pertinente resaltar que conforme lo señalado en la sentencia T-760 de 2008, no corresponde al Juez de Tutela hacer mención a la posibilidad o no de recobros ante el ADRES o ante el ente territorial, según cada caso. Por ende, se debe tener en cuenta que la EPS está en libertad de realizar los recobros que estime procedentes conforme la reglamentación administrativa que rige la materia. En ese trámite administrativo ya mencionado y del cual -dígase de nuevo- es ajeno a la tutela, corresponderá determinar si es procedente o no el recobro conforme la reglamentación de ese asunto. Allí también corresponderá valorar si los servicios prestados están o no en el PBS para determinar la eventual viabilidad del recobro. Así, debe insistirse que es un trámite administrativo ajeno a la tutela, pero en principio todo apunta a que se trata de un examen cubierto por el PBS.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo (2.º) Civil Municipal de Floridablanca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### V. RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental a la salud de la niña Juliana Rojas López, según lo reseñado en la parte motiva.

SEGUNDO: En consecuencia, ORDENAR a la Nueva EPS que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo autorice practique a la menor el procedimiento de diagnóstico o estudio molecular de enfermedades (panel multigen neogenomics) o cualquier otro que prescriba el médico tratante, pues se otorga amparo integral con la exoneración de copagos y cuotas moderadoras.

TERCERO: NEGAR la solicitud de transporte y alojamiento bajo las reglas fijadas en la parte motiva.

CUARTO: INFORMAR a las partes que el presente fallo es impugnable dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

QUINTO: Si el presente fallo no fuere impugnado, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, tal como lo dispone el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DANILO ALARCÓN MÉNDEZ

Juez

1. Corte Constitucional. Sentencia T-234 del 18 de abril de 2013 M. P. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez. [↑](#footnote-ref-1)
2. *Cfr.* Corte Constitucional, Sentencia T-900/02. En esta decisión, se analizaron algunos casos, donde los usuarios, al ser remitidos a lugares distintos al de su residencia para la práctica de distintos procedimientos médicos, pretendían que las respectivas EPS asumieran el valor de su transporte, solicitud que fue desestimada por la Corte ante la falta de concurrencia de los requisitos de incapacidad económica del paciente y su familia y conexidad entre el tratamiento y la vida e integridad física del mismo. Esta regla jurisprudencial también fue utilizada en casos similares en las sentencias T-1079/01¸ T-197/03 y T-760/08, entre otras. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia T-769 de 2012. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional, sentencia T-350 de 2003. Esta decisión ha sido reiterada por la Corte en varias ocasiones; entre otras, en las sentencias T-962 de 2005 y T-459 de 2007. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencias T-550 de 2009 y T-352 de 2010, entre otras. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Constitucional, sentencia T-121 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Constitucional. Ver entre otras, sentencias T-557 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos; T-447 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa; T-681 de 2012. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-244-03. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-069 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-069 de 2005.M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-539 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Constitucional, sentencia T-399 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. [↑](#footnote-ref-8)