

10/91



13001-33-33-013-2019-00037-02

Cartagena de Indias, D. T. y C., veinticuatro (24) de abril de dos mil diecinueve (2019)

|                           |  |
|---------------------------|--|
| <b>Medio de control</b>   | <b>TUTELA</b>  |
| <b>Radicado</b>           | <b>13001-33-33-013-2019-00037-02</b>   |
| <b>Accionante</b>         | <b>GILMA MARIA OSORIO FERNÁNDEZ</b>  |
| <b>Accionada</b>          | <b>NUEVA EPS</b>   |
| <b>Tema</b>               | <b>DERECHO A LA SALUD – GASTO DE TRANSPORTE PARA RECIBIR TRATAMIENTO DE RADIOTERAPIA EN CIUDAD DISTINTA A LA DE RESIDENCIA</b> |
| <b>Magistrada Ponente</b> | <b>CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE</b>   |

Procede la Sala Fija de Decisión No. 02 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por la parte accionada, contra la sentencia de fecha cuatro (04) de marzo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que declaró vulnerados los derechos fundamentales a la vida y salud de la señora **GILMA MARIA OSORIO FERNANDEZ**, en el marco de la acción de tutela instaurada contra la **NUEVA EPS**.

## I. ANTECEDENTES

### 1. La solicitud de amparo

#### 1.1 Hechos relevantes planteados por la parte accionante

**1.1.1** La señora GILMA MARIA OSORIO FERNÁNDEZ tiene diagnóstico de carcinoma de cérvix invasivo de tercer grado.

**1.1.2** Por orden de su médico tratante, debía iniciar inmediatamente el tratamiento de quimioterapias y radioterapias, de forma simultánea, sin embargo, el martes 12 de febrero del año en curso, cuando se dirigió a buscar la autorización para darle inicio al tratamiento ordenado, le informaron que la Nueva EPS no tenía contrato vigente con ninguna clínica o IPS donde se pudiera realizar el mismo.

**1.1.3** Afirma la accionante, que es madre soltera y que por su enfermedad no puede laborar y que depende económicamente de la ayuda de sus familiares y amigos; su salud y su vida cada día se agravan más, pues presenta cuadros de angustia y ansiedad, lo que afecta su salud mental y a su núcleo familiar.

#### 1.2 Pretensiones<sup>1</sup>

Solicita que se protejan sus derechos fundamentales a la vida, la salud, igualdad y debido proceso, en conexidad con el derecho a la seguridad social, que considera están siendo vulnerados por la Nueva EPS.

<sup>1</sup> FOLIO 4





13001-33-33-013-2019-00037-02

## 2. Actuación procesal relevante

### 2.1 Admisión y notificación

La solicitud de amparo se admitió mediante auto de fecha dieciocho (18) de febrero de dos mil diecinueve (2019)<sup>2</sup>, en el que se dispuso notificar en calidad de accionada a la NUEVA EPS. En esta providencia, se concedió un término de dos (2) días, contados a partir de la notificación de la misma para rendir el correspondiente informe sobre los hechos que motivaron la acción de tutela. En la misma providencia, se concedió la medida provisional solicitada y en consecuencia, se ordenó a la NUEVA EPS autorizarle de manera inmediata la valoración por radioterapia y oncología clínica.

Las notificaciones ordenadas fueron efectuadas mediante el envío de mensajes de datos a los correos electrónicos autorizados por las partes para la recepción de notificaciones judiciales, siendo recibidas en debida forma<sup>3</sup>.

### 2.2 Informes rendidos

#### 2.2.1 NUEVA EPS<sup>4</sup>

Solicita que no se acceda a las pretensiones de la accionante, por considerar que dicha entidad le ha venido garantizando el servicio de salud de manera oportuna y con calidad. Al respecto, advirtió que se generaron las siguientes autorizaciones de servicios:

- CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN ONCOLOGÍA: El día 9/02/2019: Autorización de Servicios N° 101322428 direccionado a la IPS QUIMIOSALUD LTDA de Cartagena.
- CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN RADIOTERAPIA: el día 19/02/2019: Autorización de Servicios N° 101701248 direccionado a la IPS ORGANIZACIÓN CLÍNICA BONNADONA-PREVENIR.
- CIPROFLOXACINA CLORHIDRATO 500 mg (tableta): el día 19/02/2019: Autorización de servicios N° 124096646 direccionado a la FARMACIA SUBSIDIADO ALTO COSTO AUDIFARMA.

Finalmente, invoca el artículo 45 del Decreto 2591 de 1991 (conductas legítimas de un particular); aduciendo que ha cumplido con lo pretendido y con lo establecido en la ley.

### 2.3 Sentencia de Primera Instancia<sup>5</sup>

Mediante sentencia de fecha cuatro (4) de marzo de dos mil diecinueve (2019), el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, tuteló los derechos fundamentales a la vida y a la salud de la señora Gilma María Osorio Fernández. Como medida de protección, ordenó a la NUEVA EPS (i) autorice y

<sup>2</sup> Folio 13 - 14

<sup>3</sup> Folios 15-17

<sup>4</sup> Folio 19

<sup>5</sup> Folios. 66-74





13001-33-33-013-2019-00037-02

brinde tratamiento integral a la accionante, mediante el cual se suministren todos los medicamentos, insumos, y demás procedimientos necesarios para mejorar el estado de salud de la accionante; (ii) En caso que para el tratamiento de cáncer de cérvix, fuese necesario el traslado hasta otra ciudad, la NUEVA EPS debe cubrir los gastos de transporte, tanto los de la señora Osorio Fernández como los de su acompañante, siempre que el médico tratante lo considere necesario; en ese sentido, autorizó el recobro al FOSYGA, de los gastos ocasionados por estos traslados, siempre que se pruebe que los mismos se encuentran excluidos del POS; (iii) Ordenó eximir a la señora Gilma María Osorio Fernández de los copagos que se generen para acceder a los servicios médicos que requiera en atención a su tratamiento de salud, en virtud que la enfermedad padecida es catalogada como catastrófica.

Para sustentar lo decidido, la A quo sostuvo en síntesis que, está demostrado que la accionante presenta cáncer cervical IIIB, derivado de un tumor maligno del endocervix, uno de los estadios más graves de esta enfermedad, que además es considerada catastrófica y de alto costo. Que se encuentra afiliada al sistema de seguridad social en salud bajo el régimen subsidiado, lo cual conllevaría a presumir que no cuenta con ingresos para asumir el costo de la cotización en el sistema contributivo y por tanto, sufragar gastos mayores de los que se derivan de la enfermedad tan grave que padece.

Advirtió que, a pesar de lo anterior, la accionada autorizó la realización de las radioterapias en la ciudad de Barranquilla, y cuando se le cuestionó sobre los motivos de esa decisión, cuando cuenta con una entidad que presta los mismos servicios en la ciudad de Cartagena, la única razón que se alegó fue que en la primera ciudad se atienden los afiliados del régimen subsidiado.

Al respecto, concluyó que se dio una apariencia de atención eficiente a la accionante, porque se le impusieron cargas adicionales, como son transportes, alojamiento, alimentación de ella y su acompañante a otra ciudad, cuando no cuenta con los recursos para ello, a pesar de que, para lo afiliados al sistema contributivo se prestan iguales servicios en la Sociedad de Cancerología de la Costa. Que la única razón que se pudo evidenciar para remitir a la accionante a la ciudad de Barranquilla, es que se encuentra afiliada al régimen subsidiado, situación que a juicio de la A quo agrava la transgresión de sus derechos fundamentales, pues la discriminación negativa hecha por la accionada se basa en la capacidad económica de la paciente, que por estar afiliada al régimen subsidiado, implica que en principio no cuenta con ingresos para cubrir los costos que hoy pretende imponerle la NUEVA EPS, como es el traslado de ella y un acompañante a una ciudad distinta a la de su residencia.

## 2.4 Impugnación<sup>6</sup>

La NUEVA EPS impugnó la decisión de primera instancia, solicitando que la misma sea revocada.

<sup>6</sup> Fls. 77 – 79





**13001-33-33-013-2019-00037-02**

Como motivos de inconformidad, planteó con relación a los gastos de transporte que, su intención no es negar el servicio, sino referir que los mismos están excluidos del POS y no son financiados por el Sistema de Seguridad Social en Salud, por lo tanto, según Sentencia T-655/12 de la Corte Constitucional, quien tiene la carga de cubrirlos es la accionante, como parte de la obligación legal de trasladarse sin distinción del lugar en el que tuviese que realizar los procedimientos. Por lo tanto, considera que los gastos incoados son improcedentes. Por otra parte, cita la sentencia T-173 del 2012, respecto de la cual explica que de conformidad con el principio de solidaridad establecido en el artículo 48 de la constitución y desarrollado en el artículo 2 de la ley 100 de 1993, cuando un usuario es remitido a un municipio diferente al de su residencia, con el fin de que se le practiquen tratamientos de salud, si su EPS no puede hacerlo en el lugar de residencia, los gastos de transporte y estadía deben ser asumidos por el paciente o su familia, sin embargo, esta regla general tiene su excepción y es cuando las personas están imposibilitadas para cubrir los gastos que demande dicho traslado, por carecer de recursos económicos, circunstancia en la que no se le puede negar el acceso a la salud, por ello, le corresponde a la EPS cubrirlos.

Respecto del tratamiento integral ordenado por la A quo, explica que, el mismo es improcedente, dado que, la NUEVA EPS le brinda a sus afiliados un acceso a los servicios mediante el Servicio de Urgencias o a través de la IPS Primaria asignada a cada afiliado donde se puede acceder a los servicios ambulatorios programados. A su vez, manifiesta que el Plan de Beneficios de Salud especificado en la Resolución 6408 de 2016 en su artículo 2, establece que una concepción integral de salud incluye su promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento y paliación de la enfermedad, que en conjunto constituyen un mecanismo para la protección del derecho fundamental de la salud para que las EPS garanticen el acceso a los servicios y garantías. En ese sentido, considera que el tratamiento integral ordenado en este caso no es conducente, toda vez que, para que ello proceda es necesario que la vulneración o amenaza del derecho sea actual e inminente y que exista una acción u omisión por parte de la entidad para que pueda darse una orden judicial que le dé fin a dicha situación, es decir, no puede el Juez dar órdenes sin fundamentos fácticos, presumiendo que la institución se negara a autorizar y brindar los servicios requeridos por el usuario.

Finalmente, en cuanto a la exoneración de los copagos y cuotas moderadoras, solicita se revoque dicha orden porque la accionante no tiene un diagnóstico definido como enfermedad catastrófica y no cumple con las condiciones establecidas en la Circular 00016 de 2014.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1. La competencia**

Conforme lo establecen los artículos 86 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991, el Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver la impugnación presentada contra la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de



Cartagena.

## 2. Legitimación en la causa por activa

La señora GILMA MARÍA OSORIO FERNÁNDEZ, como titular de los derechos fundamentales invocados como vulnerados, tiene legitimación en la causa por activa para acudir directamente en sede de tutela a fin de reclamar la protección de los mismos.

## 3. Legitimación en la causa por pasiva

La accionada, NUEVA EPS, está legitimada por pasiva conforme al artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, al ser la entidad a la que se le endilga la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, con ocasión de la negativa en el suministro de los gastos de desplazamiento y hospedaje y alimentación de la actora y un acompañante necesarios para asistir a los tratamientos médicos que le fueron autorizados en la ciudad de Barranquilla.

## 4. Problema jurídico

En consideración a una lectura de los hechos y pretensiones que motivan la presente solicitud de amparo y los argumentos expuestos por la recurrente, la Sala deberá resolver el siguiente problema jurídico principal:

*¿La sentencia de primera instancia se debe confirmar, revocar o modificar?*

Para dar respuesta al anterior interrogante, habrán de resolverse los siguientes problemas jurídicos:

*¿Es procedente la acción de tutela para ordenar a la NUEVA EPS y en favor de la señora GILMA MARÍA OSORIO FERNÁNDEZ el cubrimiento de viáticos necesarios para desplazarse y permanecer ella y su acompañante en la ciudad de Barranquilla en la que le fue autorizada la práctica de RADIOTERAPIAS; la prestación de un tratamiento integral a la accionante y la exima del pago de los copagos y/o las cuotas moderadoras?*

En caso afirmativo, deberá resolver además los siguientes interrogantes:

*¿Vulnera la entidad accionada los derechos fundamentales a la vida y salud de la señora GILMA MARÍA OSORIO FERNÁNDEZ, al no autorizar los viáticos necesarios para desplazarse y permanecer en la ciudad de Barranquilla en la que le fue autorizada la práctica de RADIOTERAPIAS, tanto ella como su acompañante?*

*¿Resulta procedente en el caso de la actora la orden de brindarle un tratamiento integral, teniendo en cuenta la enfermedad que padece?*

*¿Resultó acertada la decisión de la A quo, de eximir a la accionante de los copagos que se generen para acceder a los servicios médicos que requiera, independiente del nivel en que se encuentre, en virtud de la enfermedad catastrófica que padece?*



13001-33-33-013-2019-00037-02

## 5. Tesis de la Sala

La Sala sostendrá como tesis que, la accionante debe ser considerada sujeto de especial protección constitucional, debido a que padece una enfermedad catastrófica como es el cáncer de cérvix, que aunada a su condición socioeconómica la colocan en un estado de vulnerabilidad, lo que permite concluir que la acción de tutela resulta procedente como mecanismo idóneo y eficaz para estudiar la posible vulneración de sus derechos fundamentales a la vida y la salud, por parte de la NUEVA EPS como entidad encargada de prestarle los servicios de salud que requiere para atender sus patologías.

Ante un estudio de fondo, dispondrá confirmar la sentencia de primera instancia en lo relacionado con la vulneración de los derechos fundamentales a la salud y vida de la accionante, por parte de la NUEVA EPS, con ocasión del retraso en la autorización del tratamiento con radioterapias prescrito por su médico tratante y la negativa en cubrir el costo del traslado a otra ciudad cuando se autoricen los tratamientos en un lugar diferente a la ciudad de Cartagena, constituyéndose en barreras de tipo económico para el acceso a la salud. No obstante, modificará la decisión para precisar que las medidas de protección deben estar encaminadas en principio, a que se continúen realizando las sesiones de radioterapia a la accionante en la Sociedad de Cancerología de la Costa, y en caso que deba recibir tratamiento en otra ciudad, deberá asumir la NUEVA EPS el costo del transporte para ella y un acompañante. Se confirmará la decisión en lo referente a la exención del pago de copagos y/o cuotas moderadoras.

## 6. Marco jurídico y jurisprudencial.

### 6.1 Generalidades de la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como mecanismo judicial para la protección de los derechos fundamentales de toda persona cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos taxativamente señalados en la ley, siempre y cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo el caso que de no proceder el juez, se configure un perjuicio irremediable.

De lo anterior, se tiene como características de esta acción las siguientes:

- Está instituida para proteger derechos fundamentales.
- La subsidiariedad, por cuanto solo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial; a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable
- La inmediatez, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso disponer la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental objeto de vulneración o amenaza.

### 6.2 Del carácter fundamental del derecho a la salud y los principios que lo inspiran



Actualmente la salud, es reconocida como un derecho fundamental, debido a que por su relación y conexión directa con la dignidad humana, es instrumento para la materialización del Estado social de derecho. Así es claramente definido en sentencias como la T-760 de 2008:

*"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. (...) El Comité [de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] advierte que 'todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente', y resalta que se trata de un derecho ampliamente reconocido por los tratados y declaraciones internacionales y regionales, sobre derechos humanos. Observa el Comité que el concepto del 'más alto nivel posible de salud' contemplado por el PIDESC (1966), tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado, en tal sentido es claro que éste no está obligado a garantizar que toda persona goce, en efecto, de 'buena salud', sino a garantizar 'toda una gama de facilidades, bienes y servicios' que aseguren el más alto nivel posible de salud."*

Ahora bien, el Máximo Tribunal Constitucional, ha entendido que la garantía constitucional con la que cuenta toda persona para acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, contemplada en los artículos 48 y 49 la Constitución Política y los artículos 153 y 156 de la Ley 100 de 1993, implica que el servicio a la salud debe ser prestado conforme a una serie de principios, entre ellos<sup>7</sup>:

- **Oportunidad:** Significa que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para la recuperación satisfactoria de su estado de salud para no padecer progresivos sufrimientos. Esto quiere decir, que cuando el acceso a un servicio de salud no es prestado oportunamente, se configura un acto trasgresor del derecho fundamental a la salud, por cuanto la salud puede deteriorarse considerablemente. Este principio incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen puntual de la patología que padece la persona, con el fin de asegurarle el tratamiento adecuado.
- **Eficiencia:** Busca que los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir.
- **Calidad:** Conlleva que todas las prestaciones en salud requeridas por los pacientes, sean los tratamientos, medicamentos, cirugías o procedimientos, contribuyan notoriamente a la mejora de las condiciones de vida y salud de los mismos. Quiere decir que las entidades obligadas a

<sup>7</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-745-13





13001-33-33-013-2019-00037-02

garantizar la prestación del servicio, no deberán suministrar medicamentos o prestar cualquier servicio médico con deficiente calidad, y que como consecuencia, agrave la salud de la persona.

- **Integralidad:** Ha sido postulado por la H. Corte Constitucional para las situaciones en las cuales, los servicios de salud requeridos son fraccionados o separados, de tal forma que la entidad responsable solo le autoriza al interesado, una parte de lo que debería recibir para recuperar su salud. Esta situación de fraccionamiento del servicio se debe por ejemplo al interés que tiene la entidad responsable en eludir un costo que a su juicio no le corresponde asumir.

En otras palabras, este principio predica que las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para ejecutar un tratamiento.

Este principio pretende (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.

- **Continuidad:** La H. Corte Constitucional, ha amparado el derecho a que a toda persona se le garantice la no interrupción de un tratamiento, una vez éste haya sido iniciado, antes de la recuperación o estabilización del paciente.

#### **6.4 De los costos de traslado, manutención y alojamiento para pacientes y sus acompañantes por parte de las Entidades Prestadoras de Salud**

El servicio de transporte no es catalogado como una prestación médica, sin embargo entre otras en la sentencia T-062 de 2017, la H. Corte Constitucional recordó que este es un medio que permite el acceso a los servicios de salud, pues, en ocasiones, de no contar con el traslado para recibir lo requerido, conforme con el tratamiento médico establecido, se impide la materialización de la mencionada garantía fundamental.

Así, indicó que en la Resolución 5592 de 2015, en forma muy semejante a lo previsto en la Resolución 5521 de 2013, se dispuso:

**'ARTÍCULO 126. TRANSPORTE O TRASLADOS DE PACIENTES.** El Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC cubre el traslado acuático, aéreo y terrestre (en ambulancia básica o medicalizada) en los siguientes casos:

- *Movilización de pacientes con patología de urgencias desde el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio prehospitalario y de apoyo terapéutico en unidades móviles.*
- *Entre IPS dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están*





**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**  
**SENTENCIA No. 015/2019**  
**SALA DE DECISIÓN No. 2**

**SIGCMA**

**13001-33-33-013-2019-00037-02**

*siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora. Igualmente para estos casos está cubierto el traslado en ambulancia en caso de contrarreferencia.*

*El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el sitio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente.*

*Asimismo, se cubre el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria si el médico así lo prescribe<sup>1</sup>.*

Ahora bien, la H. Corte Constitucional ha sostenido que el servicio de salud debe ser prestado de manera oportuna y eficiente, libre de barreras u obstáculos de acceso, por tanto, en aquellos casos en que el paciente requiera un traslado que no esté contemplado en los precitados presupuestos y tanto él como sus familiares cercanos carezcan de recursos económicos necesarios para sufragarlo, es la EPS la llamada a cubrir el servicio, en la medida en que, de no hacerlo, se pueden generar graves perjuicios en relación con la garantía del derecho fundamental a la salud<sup>8</sup>.

En cuanto a la capacidad económica del afiliado, la Corte ha señalado que cuando éste afirma que no cuenta con los recursos necesarios para asumir los servicios solicitados, lo cual puede ser comprobado por cualquier medio, incluyendo los testimonios, se invierte la carga de la prueba. Por consiguiente, es la EPS la que debe entrar a desvirtuar tal situación, en la medida en que cuenta con las herramientas para determinar si es verdadera o no<sup>9</sup>.

De igual forma, debe destacarse que pueden presentarse casos en los que el paciente necesita de alguien que lo acompañe a recibir el servicio, como puede ocurrir con personas de edad avanzada, niños y niñas, o en el evento en que tratamiento requerido cause gran impacto en la condición de salud de la persona. En estos supuestos, para que la EPS esté obligada a sufragar también los gastos del acompañante, debe acreditarse: **i)** Que el paciente es totalmente dependiente de un tercer para su desplazamiento; **ii)** Que requiere de atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y **iii)** Ni él ni su núcleo familiar cuentan con los recursos suficientes para financiar el traslado.

Así las cosas, si bien el ordenamiento prevé los casos en los cuales el servicio de transporte se encuentra cubierto por el POS, existen otros eventos en los que, pese a encontrarse excluidos, el traslado se torna de vital importancia para poder garantizar la salud de la persona, por consiguiente, el juez de tutela debe analizar la situación particular, a fin de evidenciar si ante la carencia de recursos económicos tanto del afectado, como de su familia, sumado a la urgencia de la solicitud, es obligatorio para la EPS cubrir los gastos que se deriven de dicho traslado, en aras de evitar imponer barreras u obstáculos a la garantía efectiva y oportuna del derecho fundamental a la salud.

<sup>8</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-148 de 2016

<sup>9</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-048 de 2012





## **6.5 De la naturaleza jurídica de los copagos y de las cuotas moderadoras y las hipótesis en las que procede su exoneración**

El artículo 187 de la Ley 100 de 1993, por medio de la cual se regula el Sistema de Seguridad Social Integral, establece la existencia de *pagos moderadores*, los cuales tienen por objeto racionalizar y sostener el uso del sistema de salud. Esta misma norma aclara que dichos pagos deberán estipularse de conformidad con la situación socioeconómica de los usuarios del Sistema, pues bajo ninguna circunstancia pueden convertirse en barreras de acceso al servicio de salud.

Al respecto, la Corte Constitucional precisó que *"la exequibilidad del cobro de las cuotas moderadoras tendrá que sujetarse a la condición de que con éste nunca se impida a las personas el acceso a los servicios de salud; de tal forma que, si el usuario del servicio -afiliado cotizante o sus beneficiarios- al momento de requerirlo no dispone de los recursos económicos para cancelarlas o controvierte la validez de su exigencia, el Sistema y sus funcionarios no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada"*<sup>10</sup>. De modo que, cuando una persona no tiene los recursos económicos para cancelar el monto de los pagos o cuotas moderadoras, la exigencia de las mismas limita su acceso a los servicios de salud, lo cual va en contravía de los principios que deben regir la prestación del servicio<sup>11</sup>.

Por otro lado, el artículo 5° del Acuerdo 260 de 2004 se encarga de enunciar los principios que deben respetarse para fijar los montos que se deben cancelar por concepto de cuotas moderadoras y copagos, a saber:

- "1. Equidad. Las cuotas moderadoras y los copagos en ningún caso pueden convertirse en una barrera para el acceso a los servicios, ni ser utilizados para discriminar la población en razón de su riesgo de enfermar y morir, derivado de sus condiciones biológicas, sociales, económicas y culturales.
2. Información al usuario. Las Entidades Promotoras de Salud deberán informar ampliamente al usuario sobre la existencia, el monto y los mecanismos de aplicación y cobro de cuotas moderadoras y copagos, a que estará sujeto en la respectiva entidad. En todo caso, las entidades deberán publicar su sistema de cuotas moderadoras y copagos anualmente en un diario de amplia circulación.
3. Aplicación general. Las Entidades Promotoras de Salud, aplicarán sin discriminación alguna a todos los usuarios tanto los copagos como las cuotas moderadoras establecidos, de conformidad con lo dispuesto en el presente acuerdo.
4. No simultaneidad. En ningún caso podrán aplicarse simultáneamente para un mismo servicio copagos y cuotas moderadoras".

Por su parte, el artículo 4° del citado Acuerdo dispone que las cuotas moderadoras y los copagos se aplicarán teniendo en cuenta el ingreso base de cotización del afiliado cotizante. Particularmente, en el artículo 9° se especifican las condiciones propias de los copagos, que son los que tienen relevancia en los casos objeto de estudio. Al respecto, se establece que el valor por año

<sup>10</sup> Corte Constitucional, sentencia C-542 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara

<sup>11</sup> Corte Constitucional, sentencia T-399 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.





13001-33-33-013-2019-00037-02

calendario permitido por concepto de copagos se determinará para cada beneficiario con base en el ingreso del afiliado cotizante expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes, de acuerdo con los parámetros que, para cada evento, se fijan en la misma disposición.

Ahora bien, el precitado Acuerdo, en su artículo 7º, hace referencia a las excepciones a la cancelación de copagos de la siguiente forma:

“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” (Subrayado fuera del texto original).

A su vez, el párrafo 2º del artículo 6º del mismo Acuerdo establece: “[s]i el usuario está inscrito o se somete a las prescripciones regulares de un programa especial de atención integral para patologías específicas, en el cual dicho usuario debe seguir un plan rutinario de actividades de control, no habrá lugar a cobro de cuotas moderadoras en dichos servicios”.

Adicionalmente, con el objetivo de evitar que el cobro de copagos se convierta en una barrera para la garantía del derecho a la salud, la Corte Constitucional ha considerado que hay lugar a la exoneración del cobro de los pagos moderadores, en los casos en los cuales se acredite la afectación o amenaza de algún derecho fundamental, a causa de que el afectado no cuente con los recursos para sufragar los citados costos. Particularmente, la jurisprudencia constitucional ha establecido dos reglas que el operador judicial debe tener en cuenta para eximir del cobro de estas cuotas: (i) cuando la persona que necesita con urgencia un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de la cuota moderadora, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor<sup>12</sup>; (ii) cuando una persona requiere un servicio médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación correspondiente de forma oportuna, la entidad encargada de la prestación deberá brindar oportunidades y formas de financiamiento de la cuota moderadora, con la posibilidad de exigir garantías, a fin de evitar que la falta de disponibilidad inmediata de recursos se convierta en un obstáculo para acceder a la prestación del servicio.

En este orden de ideas, es procedente que el operador judicial exima del pago de copagos y cuotas moderadoras cuando: (i) una persona necesite un servicio médico y carezca de la capacidad económica para asumir el valor de la cuota moderadora, caso en el cual la entidad encargada deberá asegurar al paciente la atención en salud y asumir el 100% del valor correspondiente; (ii) el paciente requiera un servicio médico y tenga la capacidad económica para asumirlo, pero se halle en dificultad de hacer la erogación correspondiente antes de que éste sea prestado. En tal supuesto, la EPS deberá garantizar la atención y brindar oportunidades y formas de pago de la cuota moderadora; y (iii) una persona

<sup>12</sup> Corte Constitucional, ver entre otras, sentencias T-115 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-062 de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.





**13001-33-33-013-2019-00037-02**

haya sido diagnosticada con una enfermedad de alto costo o esté sometida a las prescripciones regulares de un programa especial de atención integral para patologías específicas, casos en los cuales se encuentra legalmente eximida del cubrimiento de la erogación económica.

#### **6.6. Exoneración de copagos para personas con enfermedades catastróficas o huérfanas**

De conformidad con el anterior acápite, está claro que las enfermedades catastróficas o de alto costo constituyen una excepción a la aplicación del sistema de copagos. En este orden, se tiene que la Resolución 3974 de 2009 del Ministerio de la Protección Social establece una lista de las enfermedades consideradas como de alto costo, de la siguiente forma:

"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 linfocítica 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)".

A su vez, el Acuerdo 029 de 2011 y las Resoluciones del Ministerio de Protección Social 5521 de 2013 y 6408 de 2016, aunque no incluyen una definición o un criterio determinante para establecer las enfermedades de alto costo, sí presentan un listado referente a los **procedimientos, eventos o servicios** considerados como tales. El artículo 129 de la Resolución 6408 de 2016 prevé:

"ARTÍCULO 129. ALTO COSTO. Sin implicar modificaciones en la cobertura del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, entiéndase para efectos del no cobro de copago los siguientes eventos y servicios como de alto costo: A. Alto Costo Régimen Contributivo: 1. Trasplante renal, corazón, hígado, médula ósea y 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 paciente gran quemado. 7. Manejo del trauma mayor. 8. Diagnóstico y manejo del paciente infectado por VIH/SIDA. **9. Quimioterapia y radioterapia para el cáncer.** 10. Manejo de pacientes en Unidad de Cuidados Intensivos. 11. Manejo quirúrgico de enfermedades congénitas".

La Corte en la sentencia T-399 de 2017, precisó 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.



13001-33-33-013-2019-00037-02

## 6.7. Del principio de integralidad en la prestación del servicio de salud

La Corte Constitucional en sentencia T 092 de 2018 remite a la T- 727 de 2011, en la cual se puntualizó que, en virtud del principio de integralidad la prestación del servicio de salud comporta no sólo el deber de la atención necesaria y puntual, sino también, la obligación de suministrar oportunamente los medios indispensables para recuperar y conservar el estado de salud, caso en el cual el Juez está en el deber de ordenar el suministro de los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, con la finalidad de que las personas afectadas por la falta del servicio, obtengan continuidad en la prestación del mismo. La Corte ha indicado que con ello se evita la interposición de acciones de tutela por cada servicio que le sea prescrito a un afiliado por una misma patología.

Al respecto, la Corte ha sido enfática en señalar que los tratamientos que se requieran y se concedan en virtud del principio de integralidad deben ser prescritos por el facultativo tratante y, en los supuestos en que las prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud no estén determinados *a priori*, de manera concreta por el médico tratante deberá el juez constitucional hacer determinable la orden en el evento de acceder a la protección del derecho. Así, en Sentencia T-365 de 2009 señaló:

*"(...) la protección de este derecho conlleva para el juez constitucional la necesidad de hacer determinable la orden en el evento de conceder el amparo, por ejemplo, (i) mediante descripción clara de una(s) determinada(s) patología(s) 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".*

Así las cosas, a través de la jurisprudencia constitucional se ha concluido que el requerimiento de una prestación integral del servicio de salud debe estar acompañado de ciertas indicaciones que hagan determinable la orden emitida por el juez, debido a que no es posible reconocer mediante órdenes judiciales prestaciones futuras e inciertas, por el contrario, la protección procede en aquellos casos en los que el médico tratante pueda determinar el tipo de tratamiento que el paciente requiere; además, hoy está garantizado por la Ley 1751 de 2015 (art. 8)

## 7. Caso Concreto

### 7.1. Hechos relevantes probados.

**7.1.1** La señora GILMA MARIA OSORIO FERNÁNDEZ se encuentra afiliada a la NUEVA EPS por el régimen subsidiado, y fue diagnosticada con cáncer cervical invasivo de tercer grado, epidermoide invasor, como consta en la historia clínica aportada<sup>13</sup>.

**7.1.3** El médico tratante de la accionante, Dr. BENJAMÍN DIFILIPPO, ginecólogo oncólogo, de la Organización Clínica Bonnadona Prevenir S.A.S. situada en la

<sup>13</sup> Folio 7





**13001-33-33-013-2019-00037-02**

ciudad de Barranquilla, solicitó valoración por radioterapia y oncología clínica e indicó que el tratamiento puede ser realizado en su lugar de origen (Cartagena)<sup>14</sup>.

**7.1.4** Con ocasión del incidente de desacato iniciado por la juez de primera instancia, la NUEVA EPS informó que la red prestadora de servicios del régimen contributivo en la ciudad de Cartagena, para las consultas de oncología y radioterapia, está conformada por la IPS Sociedad Cancerología de la Costa. Que en el caso del régimen subsidiado, la red prestadora de servicios de oncología está conformada por QUIMIO SALUD LTDA DE CARTAGENA y las consultas de radioterapia se encuentran contratadas con la IPS ORGANIZACIÓN CLÍNICA BONNADONA PREVENIR, en la ciudad de Barranquilla y que en ese sentido, se remitió la autorización para consulta con el especialista en radioterapias de esta última entidad, por no tener convenio con ninguna entidad en la ciudad de Cartagena que le pueda prestar el servicio <sup>15</sup>.

**7.1.5.** A folios 30 – 35, se observan los formatos de solicitud de apoyo diagnóstico y terapéutico, protocolo de quimioterapia, fórmula médica y hoja de evolución expedidos por la IPS QUIMIOSALUD en fecha 22 de enero de 2019 (fl. 30 – 35).

**7.1.6.** La Sociedad de Cancerología de la Costa –SOCAC- certificó que sí tiene contrato prestacional vigente con la NUEVA EPS y sí presta a los usuarios afiliados, los servicios de QUIMIOTERAPIA y RADIOTERAPIA<sup>16</sup>.

**7.1.7.** Con fecha 4 de marzo de 2019, la accionada autorizó a favor de la señora GILMA MARÍA OSORIO FERNÁNDEZ consulta de primera vez por especialista en radiación, en la Sociedad de Cancerología de la Costa –SOCAC-<sup>17</sup> y le fue programada cita de consulta especializada para el día 7 de marzo de 2019 en el CENTRO NEURORADIONCOLÓGICO DE CARTAGENA S.A.S.<sup>18</sup>

## **7.2 Valoración de los hechos probados de cara al marco jurídico**

De una confrontación de los hechos probados de cara al marco jurídico y jurisprudencial de esta providencia, pasa la Sala a abordar el primer problema planteado, esto es, el referente a la procedencia de la acción de tutela en este caso. Al respecto, estima la Sala que resulta procedente el estudio de fondo de la presente solicitud de amparo, como quiera que, la accionante debe ser considerada sujeto de especial protección constitucional, por tratarse de una mujer que padece cáncer de cérvix, el cual se cataloga como una enfermedad catastrófica, que además pertenece al sistema subsidiado en salud y presuntamente está siendo sometida a la vulneración de sus derechos fundamentales, en virtud de la negativa en suministrarle los gastos de transporte que requiere para trasladarse a la ciudad de Barranquilla, en la que se le autorizó la práctica del tratamiento de radioterapias ordenado por su médico tratante.

<sup>14</sup> Folio 7 - 10

<sup>15</sup> Folio 29.

<sup>16</sup> Folio 41.

<sup>17</sup> Folio 63.

<sup>18</sup> Folio 64.



13001-33-33-013-2019-00037-02

En cuanto al asunto de fondo, considera la Sala que, tal como lo concluyó la A quo, la NUEVA EPS sí vulnera los derechos fundamentales a la salud, vida y a la seguridad social de la accionante, por las razones que se pasan a exponer:

Pese a estar acreditado que la accionante tiene un diagnóstico de cáncer cervical IIIB, circunstancia que la hace acreedora de una protección especial, está demostrado que la NUEVA EPS retardó de manera injustificada la autorización para el tratamiento de radioterapias en su lugar de origen, recomendado por su médico tratante y solamente procedió a hacer efectivas las autorizaciones con ocasión de la orden concedida como medida provisional por la A quo y la consecuente sanción por desacato a esa orden judicial.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la entidad accionada insiste en que el servicio de radioterapias a la accionante, quien es beneficiaria del régimen subsidiado de seguridad social en salud, solamente puede brindarse a través de la IPS ORGANIZACIÓN CLÍNICA BONNADONA PREVENIR S.A.S. ubicada en la ciudad de Barranquilla, y aunado a ello, se rehúsa a suministrar los gastos necesarios de transporte para la paciente y un acompañante a otro sitio diferente al que reside, lo que significa ponerle barreras para acceder al servicio que requiere para obtener la recuperación de la salud. Tal circunstancia acarrea una demora innecesaria e injustificada en el tratamiento requerido por la accionante encaminada a contrarrestar la enfermedad que padece, la cual es progresiva y tiende a empeorar con el paso del tiempo y sin el tratamiento adecuado, configurándose de esta manera la vulneración a los derechos a la vida y la salud.

Ahora bien, en cuanto a la procedencia de los gastos de transporte en caso de que la paciente requiera trasladarse hasta otra ciudad para recibir la atención médica necesaria de acuerdo con la patología que padece, debe precisar la Sala que, si bien es cierto, el servicio de transporte no está catalogado como una prestación médica, la H. Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha establecido que el servicio de salud debe prestarse sin barreras u obstáculos de acceso, por lo tanto, cuando el paciente carezca de recursos económicos para sufragar sus traslados es la EPS quien debe costearlos. En el caso de la señora Gilma María Osorio Fernández, se presume que carece de tales recursos por el hecho de ser beneficiaria del régimen subsidiado; adicionalmente, afirmó en su solicitud que es madre soltera, que no labora por su condición de salud y depende de la ayuda de sus familiares y amigos, circunstancia que no fue desvirtuada por la entidad accionada. En consecuencia, resulta procedente que la NUEVA EPS sufrague tales gastos cuando se requieran para el tratamiento de la enfermedad diagnosticada a la accionante.

Respecto del pago de los transportes para el acompañante, se tiene que de acuerdo con los lineamientos de la Corte Constitucional, para que el mismo sea procedente, debe tratarse de una enfermedad cuyo tratamiento genere alto impacto en la salud física y mental del paciente, que el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, que requiera de atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas, y que ni él, ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado. Los anteriores requisitos se presentan en el





**13001-33-33-013-2019-00037-02**

caso concreto, por tratarse de una enfermedad catastrófica como lo es el cáncer de cérvix que por estar en un estado avanzado, se requiere de la compañía de otra persona de los desplazamientos de la paciente. Adicionalmente, en virtud de los efectos secundarios que puedan presentarse por el tratamiento de radioterapias, no es recomendable que la accionante acuda sola al lugar donde deben realizársela.

En cuanto al segundo problema jurídico planteado, relacionado con la procedencia del tratamiento integral para el caso de la accionante, la Sala comparte la decisión a la que arribó la A quo, por cuanto, contrario a lo argumentado por la recurrente, sí existe un diagnóstico específico respecto de la paciente, que es de cáncer de cérvix, una enfermedad que reviste tal gravedad, que no puede someterse a la accionante a esperas injustificadas para las autorizaciones de los tratamientos que requiera, ni a acudir a la acción de tutela cada vez que la EPS no cumpla en tiempo con su obligación de garantizar la prestación del servicio de salud, además existe un antecedente de omisión por parte de esta entidad al no generar las órdenes para el tratamiento en la ciudad de Cartagena; por lo tanto, se torna necesaria la orden de tratamiento integral en los términos que lo hizo la juez de instancia, independientemente de que las prestaciones requeridas se encuentren o no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud, lo anterior, aunado a que así se encuentra contemplado en la Ley 1751 de 2015 (art. 8)

Finalmente, en lo concerniente a la exención del pago de copagos y/o cuotas moderadoras, coincide la Sala con la A quo en que procede dicha exención, por cuanto, conforme a lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo 260 de 2004, la accionante padece de una enfermedad que puede catalogarse como catastrófica y de alto costo, circunstancia que acarrea la exención de dicho pago.

En síntesis, la Sala coincide con las conclusiones a las que arribó la A quo en cuanto a la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, sin embargo, considera necesario modificar las medidas afirmativas de protección contenidas en el numeral segundo, adicionando un numeral para precisar que se debe continuar con la atención médica de la accionante en la IPS Sociedad de Cancerología de la Costa -SOCAC- ubicada en la ciudad de Cartagena para efectos de las sesiones de radioterapia que se debe realizar, así como el tratamiento integral que requiera, ello, en virtud de que con ocasión de la medida provisional decretada por la A quo ya le fue autorizado el servicio de radioterapias en esa entidad y en la entidad se le vienen realizando. En ese sentido, atendiendo al estado de salud de la accionante, que el cáncer que padece se encuentra en una fase avanzada, resultaría perjudicial para su salud someterla al traslado a una ciudad distinta a la de su residencia. Por lo tanto, solamente en caso de no ser posible realizar el tratamiento en la ciudad de Cartagena, se autoriza que la EPS asuma los gastos de transporte a otra ciudad tanto de la paciente como de su acompañante.

Con fundamento en los razonamientos fácticos y Constitucionales, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,



13001-33-33-013-2019-00037-02

**FALLA:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el ordinal segundo de la sentencia de fecha cuatro (4) de marzo de dos mil diecinueve (2019), proferida por Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, adicionando un numeral en los siguientes términos:

“ **iv)** Continuar con la atención médica de la accionante en la IPS Sociedad de Cancerología de la Costa -SOCAC- ubicada en la ciudad de Cartagena para efectos de las sesiones de radioterapia que se le deben realizar, así como el tratamiento integral que requiera, y solamente, de no ser posible realizar el tratamiento en esta ciudad, se autoriza que la EPS asuma los gastos de transporte a otra ciudad tanto de la paciente como de su acompañante”.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** Comuníquese la presente providencia al Juzgado de origen y, remítase el expediente dentro de los diez (10) días siguientes a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión de la fecha.

**Los Magistrados,**

**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

**CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE**

**EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS**

|                    |   |
|--------------------|---|
| Medio de control   | TUTELA  |
| Radicado           | 13001-33-33-013-2019-00037-02   |
| Accionante         | GILMA MARIA OSORIO FERNÁNDEZ  |
| Accionada          | NUEVA EPS   |
| Tema               | DERECHO A LA SALUD – GASTO DE TRANSPORTE PARA RECIBIR TRATAMIENTO DE RADIOTERAPIA EN CIUDAD DISTINTA A LA DE RESIDENCIA |
| Magistrada Ponente | CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE   |

