

Radicado: 73001-33-33-005-2021-00020-00
Clase de Proceso: Acción de Tutela
Accionantes: Gustavo Rodríguez Marín actuando como agente oficioso de la señora Rosalba Rodríguez Marín
Demandado: Nueva E.P.S y otros



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Radicado: 73001-33-33-005-2021-00020-00
Clase de Proceso: Acción de Tutela
Accionantes: Gustavo Rodríguez Marín actuando como agente oficioso de la señora Rosalba Rodríguez Marín
Demandado: Nueva E.P.S.

Sentencia

Al no observarse causal de nulidad que invalide lo actuado e impida pronunciamiento de fondo sobre el particular, procede el Despacho¹ a proferir el fallo que en derecho corresponda dentro de la presente acción de tutela instaurada por el Gustavo Rodríguez Marín actuando como agente oficioso de la señora **Rosalba Rodríguez Marín** contra la Nueva E.P.S.

I. Antecedentes

El señor Gustavo Rodríguez Marín actuando como agente oficioso de la **señora Rosalba Rodríguez Marín**, solicita se acceda a las siguientes:

Pretensiones:

Amparar los derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social, igualdad y, a un adecuado nivel de vida, y en consecuencia, se ordene a la Nueva E.P.S. *“autoricen los exámenes, citas con médicos especialistas, medicamentos, el reembolso de medicamentos, exámenes, citas médicas sufragadas por cuenta propia, garantice la atención integral, oportuna y permanente, como hospitalizaciones, entrega de medicamentos, insumos, procedimientos, incluidos los Nro. POS, complemento nutricional, y todo lo debidamente ordenado por sus médicos tratantes.”*

Así mismo, solicita se ordene a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social “ADRES”, reembolsar a la Nueva E.P.S., lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia 480/97.

Finalmente, solicita *“prevenir al Representante Legal de la Nueva E.P.S., que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones que dieron mérito a iniciar esta tutela y que si lo hacen serán sancionadas conforme lo dispone el art. 52 del Decreto 2591/91 (arresto, multa, sanciones penales)”*

¹ Atendiendo las pautas establecidas desde el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, mediante el cual se imparten instrucciones en virtud del “Estado de Emergencia económico, social y ecológico” decretado en el territorio nacional, y con fundamento en los estragos de la pavorosa plaga clasificada como SARS-CoV-2 por las autoridades sanitarias mundiales de la OMS, causante de lo que se conoce como la enfermedad del Covid-19 o popularmente “coronavirus”; y desde el Acuerdo PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual se tomaron medidas por motivos de salubridad pública, **la presente providencia fue aprobada a través de correo electrónico y se notifica a las partes por el mismo medio.**

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, el accionante narró los siguientes,

Hechos²:

1. Que la señora **Rosalba Rodríguez Marín** de 65 años de edad, se encuentra afiliada a la Nueva E.P.S., servicio de salud, el cual manifestó ha venido cancelado mensual y oportunamente.
2. Le fue detectado en el mes de febrero del año 2020 una masa en su mama derecha, cuyo diagnostico dado en el mes de octubre de 2020 arrojo Carcinoma pobremente diferenciada grado nuclear 3 con necrosis y angioinvasión lo más probable ductal. La clasificación definitiva debe hacerse en material en resonancia.
3. Que el día 29 de octubre de 2020, mediante examen de laboratorio de SURGILAB, se corrobora que presenta Diabetes e hipotiroides.
4. Que el 20 de noviembre de 2020, mediante examen de Mastología en la Clínica Tolima, se le diagnosticó: *"CA de mama derecha ductal infiltrante G3, TRIPLE NEGATIVO K167 70%. Etapa clínica cT3 cN2 MO. IIIA. y ordenó como prioritario, i.) Valoración por genética y marcación de lesión tumoral con clip radio opaco bajo guía ecográfica ii). inicio de tratamiento oncológico con terapia sistémica (Neoadyuvancia)."*
5. Que el día 20 de noviembre de 2020, en el estudio Tomografía Computada de Tórax (TAC), se diagnostica *"1. Lesión tumoral en la glándula mamaria derecha y, 2) Adenomegalias axilares metastásicas."*
6. Que el 1 de diciembre de 2020, de manera particular, la señora **Rosalba Rodríguez Marín**, acudió a la UMIT para practicarse el examen de genética pediátrica.
7. Que teniendo en cuenta lo dicho por el médico tratante "la masa se le puede estallar", la señora **Rosalba Rodríguez Marín** ante su situación médica y psicológica procedió a adquirir un préstamo al 10% para proceder a contratarlo con CLINALTEC. Siendo el resultado remitido a la Nueva E.P.S., donde se le formula 1 ciclo de quimioterapia protocolo AC + pegfilgastrin, control por oncología en 21 días con paraclínicos de control postquimioterapia.
8. Que *"la Nueva E.P.S., conocedora de su estado de salud, ya que sufre de vértigos y diabetes y, además, por la enfermedad, presenta problemas psicológicos, en ningún momento ha actuado con ella de manera eficiente y oportuna para practicarle los exámenes solicitados, ya que hoy, un mes después de entregar las prescripciones médicas ante la NUEVA E.P.S., todavía no le han dado respuesta para practicarse el examen que ya canceló, y menos, le han programado los procedimientos solicitados por CLINALTEC."* (Resalto por fuera de texto)

II. Trámite Procesal:

La acción de tutela fue presentada el día 4 de febrero de 2021, por lo que, efectuándose el reparto de rigor correspondió a esta instancia conocer de la presente acción constitucional, la cual fue recibida de la oficina Judicial – reparto el mismo día (fls. 2 a 4).

² Fls. 5 a 6 del expediente digital.

Mediante auto del 4 de febrero de 2021 (fl. 48 a 50), se admitió la presente acción de tutela contra la Nueva E.P.S. y los vinculados Ministerio de Salud y de la Protección Social, a la Clínica Internacional de Alta Tecnología Clinaltec S.A.S. y a la I.P.S. Viva 1A, requiriéndose a las entidades accionadas para que allegara informes donde consten los antecedentes de los hechos puestos en conocimiento en la presente acción de tutela (fls. 52 a 56).

Así mismo, en el auto de admisión de la acción de la referencia se decretó la medida provisional solicitada por el accionante y, en consecuencia, en los términos del artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, se ordenó a la Nueva E.P.S. que de manera inmediata garantizara la continuidad en la prestación del tratamiento médico ordenado por el médico tratante a la accionante para la patología de ca mama derecha “carcinoma probablemente diferenciado grado nuclear 3” que le fue diagnosticado.

En consecuencia y de conformidad con la constancia secretarial vista a folios 99 del expediente, se advierte que, dentro del término de traslado concedido, la entidad Nueva E.P.S. y Viva 1ª I.P.S. S.A., allegaron contestación. Las demás entidades vinculadas guardaron silencio.

Contestación entidades accionadas.

Nueva E.P.S.

Solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela presentada, al considerar que no existe transgresión de los derechos fundamentales alegados por la accionante, pues la presentación del servicio de salud a la señora **Rosalba Rodríguez Marín** se ha dado de manera eficiente y oportuna, más aún cuando, la solicitud de reembolso, por ser una pretensión económica, no puede ser dirimida mediante el mecanismo constitucional.

Frente a la prestación del servicio en salud la entidad accionada señala que una vez verificado el caso de la accionante encontró que a la paciente se le viene garantizando de manera continua cada uno de los servicios de salud requeridos de igual manera la señora **Rosalba Rodríguez Marín** tiene acceso a cada uno de los servicios de salud ofertados por parte de Nueva E.P.S. a través de la red de prestadores contratada, más aun, cuando a su juicio el escrito tutelar y sus anexos no evidencian que la Nueva E.P.S. este violentando derechos fundamentales, por el contrario, y tal como se puede apreciar en los soportes allegados por la accionante, la entidad que represento está prestando los servicios de salud requeridos para el manejo de la patología que padece.

Finalmente, frente a la solicitud de reembolso de los dineros por los servicios pagados de manera particular, la entidad advierte que la Corte Constitucional en sentencia T-104 de 2000 ha sido clara y reiterativa aseverando que no es la acción de tutela la vía para dirimir conflictos donde están en juego obligaciones dinerarias, más aún cuando no existe en la actualidad quebrantamiento de ninguno de los derechos fundamentales que se alegan como vulnerados, por lo que en el caso bajo estudio no es procedente el amparo.

Señala que es así que el derecho respecto del cual la accionante eleva reclamación por una presunta violación, se enmarca dentro de los derechos de orden económico,

derechos estos que no son susceptibles de ser amparados mediante la acción de Tutela, tal como pretende la accionante, pues a pesar de encontrarse dentro de la Constitución Política como derechos de las personas, resulta bien claro que existe dentro de la normatividad jurídica vigente mecanismos para su protección.

Es por esta razón que no se encuentra fundamento para sustentar en primer lugar la petición elevada por la accionante y en segundo lugar la procedencia que encuentra el Despacho en adelantar la presente acción no se basa en la protección de un derecho considerado como fundamental, pues reitera, el Estado Colombiano y las normas que sobre procedimientos para obtener el reconocimiento de derechos y el resarcimiento de perjuicios se refiere, tiene pleno fundamento en que precisamente existen derechos de las personas cuya protección no se desconoce, pero que por no ser fundamentales deben ser tramitados por una vía diferente, que en el presente caso no se referiría más que a la justicia ordinaria competente o los trámites administrativos ordinarios establecidos. En consecuencia, tanto el Derecho a la vida como el de la salud, no se encuentran en peligro, es por esta razón que la usuario debió acudir a los procedimientos ordinarios con el fin de obtener una solución a su petición, sin tener que acudir a una acción de tutela.

Por lo anterior, señala que es evidente la improcedencia de la acción tutelar pues es la condición necesaria para que proceda esta acción, es la actual y efectiva vulneración o quebranto de un derecho fundamental, y aún en este caso y ante la inexistencia de un perjuicio irremediable, solo es procedente cuando el interesado no disponga de otro medio de defensa pues de lo contrario, es éste al que debe acudir (fls. 59 a 98).

Viva 1ª IPS S.A.

Solicita se declare improcedente la acción de tutela de la referencia, como quiera que no incurrió en una conducta constitutiva de vulneración de derechos, toda vez que lo solicitado por el señor Gustavo Rodríguez Marín en representación de la señora **Rosalba Rodríguez Marín** identificada con cédula de ciudadanía Nro. 8246759 corresponde a Nueva E.P.S., por cuanto los servicios de valoración por genética y marcación de lesión tumoral con clip radio opaco bajo guía ecográfica. Igualmente, indica inicio de tratamiento oncológico con terapia sistémica Neoadyuvancia, son gestión propia de dicha entidad, si se tiene en cuenta que dentro de las obligaciones pactadas con el asegurador Nueva E.P.S., con Viva 1ª I.P.S. S.A., no se encuentran las solicitadas por la actora (remitió memorial vía correo electrónico el día 10 de febrero de 2021).

III. Pruebas:

1. Mamografía bilateral expedida por UTM, entidad autorizadora: VIVA 1A I.P.S. de fecha 14 de enero de 2019, realizada a la señora Rosalba Rodríguez Marín, opinión: hallazgos mamográficos de aspecto benigno (fls. 46 a 47).
2. Historia Clínica expedida por la Clínica Tolima, en la que se da cuenta que la señora Rosalba Rodríguez Marín es soltera, pensionada y pertenece el régimen contributivo (fl. 25).
3. Historia clínica de la consulta externa - urgencias surtida el día 20 de noviembre de 2020 en la Clínica Tolima a la señora Rosalba Rodríguez Marín, motivo de la consulta masa en seno derecho que viene del mes de septiembre

- de 2020 se acompaña de relación de datos arrojados a los exámenes de MMG UTM 22/09/2020, biopsia de mama 8/10/2020, patología biomolecular 13/10/2020, ecocardiograma 30/10/2020, TAC de abdomen y de tórax 4/11/2020, gamagrafía ósea 30/10/2020, IHQ Idime 5/11/2020 y Laboratorio de Glicemia 29/10/2020. Examen físico y plan de manejo (fl. 25).
4. Biopsia de mama derecha de la señora Rosalba Rodríguez Marín con aguja (trucut) de fecha 8 de octubre de 2020 expedida por UTM, entidad autorizadora: VIVA 1A I.P.S. (fl. 42).
 5. Reporte de anatomía patológica expedido por Biomolecular de la señora Rosalba Rodríguez Marín, plan centro: VIVA 1A IBAGUE, de fecha 15 de octubre de 2020, Diagnóstico: glándula mamaria derecha biopsia trucut: carcinoma pobremente diferenciado grado nuclear 3 con necrosis y angioinvasión lo más probable ductal, la clasificación definitiva debe hacerse en material de recesión (fl. 41).
 6. Historia clínica de la UT VIVA TOLIMA, Paciente: Rosalba Rodríguez Marín del 24 de octubre de 2020, dado el diagnóstico tumor maligno de mama derecha fue remitida a ginecología y obstetricia (fls. 36 a 38).
 7. Reporte de estudio gamagráfico de fecha 30 de octubre de 2020 de la Rosalba Rodríguez Marín. Gamagrafía ósea. Opinión: no hay evidencia de lesiones metastásicas de tipo osteoblásticos o con componente osteogénico, cambios espondilo artrósicos incipientes." (fl. 27 a 29).
 8. Tomografía computada de tórax de fecha 4 de noviembre de 2020 expedida por UTM, entidad Nueva E.P.S a la señora Rosalba Rodríguez Marín Opinión: lesión tumoral en la glándula mamaria derecha, adenomegalias axilares metastásicas (fl. 30).
 9. Tomografía computada de abdomen y pelvis (abdomen total) de fecha 4 de noviembre de 2020 de la señora Rosalba Rodríguez Marín expedida por UTM ordenada a cargo de la Nueva E.P.S. Opinión Infiltración de grasa hepática, diverticulitis lumbares (fls. 31 a 32).
 10. Informe complementario de marcadores de inmunohistoquímica -tumores de la paciente Rosalba Rodríguez Marín de fecha 5 de noviembre y resultado del 11 de noviembre de 2020, expedido por IDIME por orden de la empresa Nueva E.P.S. (fl. 26).
 11. Examen hemodinámico, empresa particular de la señora Rosalba Rodríguez Marín Conclusiones: remodelación concéntrica del ventrículo izquierdo, con función sistólica conservada y disfunción diastólica (FE 60%), ventrículo derecho de tamaño y función normal (fl. 33 a 35; 40).
 12. Orden Oncología clínica expedida por la Clínica Tolima el día 20 de noviembre de 2020, paciente Rosalba Rodríguez Marín, nombre de la entidad: Nueva E.P.S. S.A., identificador único: 280222-1. Cuyas observaciones, "PRIORITARIO /paciente de 65 años diabética hipotiroidea, sin antecedentes familiares para CA de mama, prima CA de ovario, con CA de mama derecha ductal infiltrante G3, triple negativo KI67 70% etapa clínica cT3 cN2 M0 IIIA. Se indica inicio de tratamiento oncológico con terapia sistémica (neoadyuvancia)." (fl. 24).
 13. Orden de Mastología expedida por la Clínica Tolima de fecha 20 de noviembre de 2020, paciente Rosalba Rodríguez Marín, nombre de la entidad: Nueva E.P.S. S.A., identificador único: 280222-1. Cuyas observaciones, MASTOLOGÍA /paciente de 65 años diabética hipotiroidea, sin antecedentes familiares para CA de mama, prima CA de ovario, con CA de mama derecha

- ductal infiltrante G3, triple negativo KI67 70% etapa clínica cT3 cN2 M0 IIIA. Se indica inicio de tratamiento oncológico con terapia sistémica (neoadyuvancia), control de mastología en tres meses.” (fl. 22).
14. Fórmula médica de la señora Rosalba Rodríguez Marín expedida por la Clínica Tolima del 20 de noviembre de 2020. entidad Nueva E.P.S. Régimen Contributivo, “localización de lesión no palpable de mama clip cod#851303 paciente con CA de mama derecha triple negativo: 8513d, guía ecográfica.” (fl. 20).
 15. Fórmula médica de la señora Rosalba Rodríguez Marín expedida por la Clínica Tolima del 20 de noviembre de 2020 entidad Nueva E.P.S. Régimen Contributivo, Ordena Marcación de lesión tumoral de CI de mama derecha con clip radio opaco: prioritario: antes de iniciar neoadyuvancia Cod. 851301 (fl. 21).
 16. Orden Ecografía diagnostica de mama de fecha 20 de noviembre de 2020, expedida por la Clínica Tolima, paciente Rosalba Rodríguez Marín, nombre de la entidad: Nueva E.P.S. S.A., identificador único: 280222-1. Cuyas observaciones, fueron: “guía para marcación de lesión tumoral en CII de mama derecha/ paciente de 65 años, diabética, hipotiroidea, sin antecedentes familiares para CA de mama, prima CA de ovario, con CA de mama derecha ductal infiltrante G3, triple negativo KI67 70% etapa clínica cT3 cN2 M0 IIIA. Se indica inicio de tratamiento oncológico con terapia sistémica (neoadyuvancia), control de hematología en tres meses, se ordena marcación de lesión tumoral con clip radio opaco bajo guía ecográfica.” (fl. 19).
 17. Autorización de servicio de la señora Rosalba Rodríguez Marín expedida por la Nueva E.P.S. de fecha 21 de noviembre de 2020,0 consulta por primera vez por especialista en oncología. (...) afiliado no cancela ningún valor por concepto de pago moderador o copago. CLINALTEC (8)2770698 celular 3134032280 (...) citas@clinaltec.com.co(...) esta autorización es netamente administrativa y garantiza que el usuario tiene derecho al servicio solicitado. La pertinencia estará sujeta a revisión de autoridad médica. Valida por 180 días a partir de la fecha de autorización.” (fl. 23).
 18. Mamografía bilateral de la señora Rosalba Rodríguez Marín expedido por UTM, entidad autorizadora: VIVA 1A I.P.S. opinión: nódulo altamente sospechoso malignidad en la mama izquierda (fls. 43 a 44).
 19. Historia de ingreso (genética) (amb). (ambulan) de la señora Rosalba Rodríguez Marín del 1 de diciembre de 2020, contrato particular, consulta por genética pediátrica, se realiza análisis médico, anamnesis, examen físico de signos vitales y descripción topográfica (fls. 17 y 18).
 20. Cotizaciones Nro. 5376 del 7 de diciembre de 2020, la señora Rosalba Rodríguez Marín cotiza la práctica de los exámenes, localización de lesión no palpable de mama con arpón u otro dispositivo y localizador de lesiones mamarias REF 1030014 en unidades POS, cuyo valor asciende a \$1.485.600 (fl. 10).
 21. Historia clínica expedida por la entidad Clinaltec Nro. 38246759 del 16 de diciembre de 2020, perteneciente a la señora Rosalba Rodríguez Marín con diagnóstico de “TUMOR MALIGNO DE MAMA, PARTE NO ESPECIFICA. Ubicación: DERECHO. ESTADO: IIIA T:3 N:2 M:O (...) plan de tratamiento: se le formula 1 ciclo de quimioterapia protocolo AC + pegfilgastrin + fosaprepritan, control por oncología en 21 días con paraclínicos de control postquimioterapia.” (fls. 11 a 12)

22. Recibo de caja de la empresa Clinaltec del 21 de diciembre de 2020, a nombre de la señora Rosalba Rodríguez Marín en la que cancelan los conceptos dados en la cotización Nro. 5376 por valor de \$1.485.600 (fl. 16).
23. Confirmación de cita (ilegible) (fl. 15).
24. La empresa Clinaltec realiza estudio colocación de clip radiopaco de marcación en seno derecho guiado por ecografía del 21 de diciembre de 2020, entidad particular, nombre Rosalba Rodríguez Marín. *“Se observó masa sólida micro lobulada en el cuadrante inferior interno del seno derecho en zona horaria de las cuatro a 5 cm del pezón con una medida de 46 × 35 mm. (...) previo consentimiento informado asepsia antisepsia e instalación de anestesia local bajo guía ecográfica se procedió a colocar el clip de marcación radio Paco el cual queda alojado en el Centro de la lesión. El procedimiento no presenta complicaciones. (...)”* (fl. 13 a 14).
25. Cedula de ciudadanía de la señora Rosalba Rodríguez Marín Nro. 38.246.759 de Ibagué, fecha de nacimiento 20 de octubre de 1955, actualmente cuenta 65 años, 3 meses, y 20 días años de edad, haciendola sijeto de especial proteccion. (fl. 39).

IV. Consideraciones.

La Competencia.

En atención a lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 15 a 33 y 37 del Decreto 2591 de 1991, y el artículo 1º. del Decreto 1983 de 2017 -numeral 2-, es competente este Juzgado para conocer de la presente acción de tutela.

Problema jurídico.

El problema jurídico a resolver consiste en determinar ¿Si las entidades accionadas y vinculadas vulneran los derechos fundamentales de la señora **Rosalba Rodríguez Marín** al no autorizar y practicar de manera integral y oportuna los procedimientos, tratamientos y exámenes médicos formulados por su médico tratante, ni sufragar los gastos médicos sufragados de manera particular, con ocasión a su diagnóstico *“cáncer de mama derecha ductal infiltrante G3, TRIPLE NEGATIVO K167 70%. Etapa clínica cT3 cN2 MO. IIIA”*?

Marco normativo y jurisprudencial de la acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que quien se sienta amenazado o vulnerado por algún acto u omisión de la autoridad pública, aún de los particulares, en los casos expresamente previstos en la Constitución o la Ley, pueden invocar y hacer efectivos sus derechos a través de las acciones y recursos establecidos por el ordenamiento jurídico, incluyendo la acción de tutela, en aquellos casos en que no se cuente con ningún otro mecanismo de defensa judicial, o cuando existiendo éste, se interponga como transitorio para evitar un perjuicio irremediable, dándole de ésta manera la condición de procedimiento preferente y sumario.

Es menester anotar, que la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la trasgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante

los jueces, a objeto de lograr la protección del derecho, es decir, tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias, en que por carencia de previsiones normativas específicas, el afectado queda sujeto de no ser por la tutela, a una clara indefensión frente a los actos y omisiones de quien lesiona un derecho fundamental, de ahí que la acción no es procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado.

Procedencia de la acción de tutela para reembolso de gastos médicos.

La Corte Constitucional ha sido reiterativa en establecer que, en principio, la acción de tutela es improcedente para obtener el reembolso de gastos médicos, toda vez que la presunta afectación o amenaza del derecho fundamental a la salud (en la que pudo incurrir la entidad encargada del servicio de salud) se entiende ya superada con la prestación del mismo. Además, el ordenamiento jurídico tiene previstos otros mecanismos de defensa judicial a los que puede acudir el usuario para obtener el pago de las sumas de dinero por ese concepto.

Lo anterior, porque cuando el servicio de salud ya ha sido brindado, es decir, cuando la persona accede materialmente a la atención requerida, se entiende garantizado el derecho a la salud, luego, en principio, no es viable amparar el citado derecho cuando se trata de reembolsos, en tanto la petición se reduce a la reclamación de una suma de dinero. **Como alternativas para dirimir esta clase de conflictos se encuentran la jurisdicción ordinaria laboral o el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud.**

No obstante, dicha Corporación ha reconocido que hay circunstancias especiales que ameritan la intervención del juez constitucional, de manera excepcional y éste puede aplicar las reglas jurisprudenciales para determinar la procedencia del amparo solicitado, más aún cuando se vea conculcado el derecho fundamental al mínimo vital.

Según la jurisprudencia constitucional, la tutela procede para obtener el reembolso de dinero pagado por servicios de salud no suministrados por las EPS, además, en los siguientes casos:

- 1) Cuando los mecanismos judiciales consagrados para ello no son idóneos.
- 2) Cuando se niegue la prestación de un servicio de salud incluido en el Plan Obligatorio de Salud, sin justificación legal³.
- 3) Cuando dicho servicio haya sido ordenado por médico tratante adscrito a la E.P.S. encargada de garantizar su prestación⁴.

³ Al respecto es necesario reiterar que el acceso a cualquier servicio de salud cuya prestación se requiera y que se encuentre previsto en los Planes Obligatorios de Salud, es derecho fundamental autónomo. Bajo este entendido, su negación implica la vulneración del derecho a la salud, y, en esa medida, es posible acudir al juez de tutela, en procura de obtener su protección.

⁴ En principio, para que proceda la autorización de un servicio de salud es necesario que el mismo haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS encargada de garantizar su prestación. No obstante, excepcionalmente, es posible ordenar su suministro, incluso por vía de tutela, aun cuando aquel haya sido ordenado por un médico particular, cuando el concepto de este último no es controvertido por la EPS con base en criterios científicos o técnicos, y el servicio se requiera.

Con todo, deberá haber acreditado mínimamente su solicitud ante la entidad de salud accionada.

Derecho fundamental a la salud, su protección especial y reforzada para personas que padecen cáncer y su conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas, y el derecho a una atención integral. Evolución normativa y jurisprudencial sentencias SU124-18⁵, T-387-18⁶ y T-003-19⁷.

Como desarrollo del principio de igualdad material consagrado en el artículo 13 constitucional, la Corte Constitucional ha dispuesto reiteradamente que ciertas personas, debido a su estado de mayor vulnerabilidad y debilidad manifiesta, son *sujetos de especial protección constitucional* y, por lo tanto, merecedoras de especial protección en el Estado Social de Derecho.

Dentro de esta categoría, en desarrollo de los artículos 48 y 49 de la Carta, la jurisprudencia constitucional ha incluido a las personas que padecen enfermedades catastróficas o ruinosas, como el cáncer, pues si bien en cierto, en principio, el derecho a la salud podría protegerse por su conexidad con el derecho fundamental a la vida y a la dignidad humana, posteriormente, se estableció la postura según la cual los derechos sociales, económicos y culturales hacían parte de la categoría de los fundamentales, no por su conexidad con los derechos que se denominaban de primera generación, sino en sí mismos considerados, entre los que se encontraba el derecho a la salud.

Posteriormente, dicha posición obtuvo un avance constitucional, frente al cual la Corte Constitucional, sostuvo que todos los derechos fundamentales involucran necesariamente una prestación; haciendo énfasis en el derecho a la salud, este comprende una prestación integral de los servicios y tecnologías requeridos para garantizar una vida digna y la integridad física, psíquica y emocional de los ciudadanos. En este sentido, la Corte indicó que: *“la sola negación o prestación incompleta de los servicios de salud es una violación del derecho fundamental, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela”*.

En ese sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – PIDESC, en el que se consagró como derecho el *“disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”*, y también se hizo referencia a la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La Corte Constitucional

⁵ Corte Constitucional, Magistrada sustanciadora: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, sentencia del 15 de noviembre de 2018, tutela instaurada por María Antonia González Córdoba contra COOMEVA E.P.S., Radicado T-6.622.838, tema: La prevención del cáncer de mama como parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la salud. La prohibición de anteponer barreras administrativas para negar la prestación del derecho a la salud y la intervención del juez constitucional para garantizar su eficacia. Fundamentos 41 a 53.

⁶ Corte Constitucional, Magistrada sustanciadora: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, sentencia del 21 de septiembre de 2018, tutela instaurada por Sor Adiel Sánchez Quintero en calidad de agente oficioso de su hermano Adalberto Antonio Sánchez Quintero en contra de Coomeva E.P.S., Radicado T-6.757.944, tema: protección constitucional reforzada: Alcance de los principios de integralidad y oportunidad en la prestación de servicios de salud oncológicos, fundamentos: 17 a 26.

⁷ Corte Constitucional, Magistrada Ponente: CRISTINA PARDO SCHLESINGER, sentencia del 14 de enero de 2019, tutela interpuesta por María Nidia Bustamante contra Cosmitet Ltda. - Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them & Cía., Radicado T-6.923.747, tema: Derecho fundamental a la salud, su protección especial y reforzada para personas que padecen cáncer y su conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas – **reiteración** –, fundamento: apartado 2.3.

se basó en dichas normas internacionales para reconocer el derecho a la salud como fundamental; pues en aquella observación se estipuló que la salud es *“un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos”*. Asimismo, destacó la necesidad de crear un sistema de protección orientado a garantizarle a las personas iguales oportunidades para el *“disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”*.

A su vez la Observación 14 del Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales en el que se consagró que: *“la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente (...) un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”*. (Subrayado fuera del texto) La Corte señaló que, a través de la referida observación, el Comité enfatizó en la necesidad de interpretar de manera amplia el concepto de salud contenido en el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto.

A su turno a nivel nacional y de conformidad con la jurisprudencia constitucional y contenciosa se ha entendido como sujetos de especial protección constitucional las personas que padecen enfermedades degenerativas, catastróficas y de alto costo, como aquellas que han sido diagnosticadas con cáncer. Estas personas gozan de la posibilidad de acudir a la tutela como mecanismo para proteger su derecho a la salud, cuando este se vea amenazado o vulnerando y no exista un medio idóneo de defensa judicial.

No solamente se ha tratado de dar protección a las personas con cáncer en sede de la jurisdicción constitucional, sino también a través de la rama legislativa. El Congreso de la República expidió la Ley 1384 de 2014, denominada como la *“Ley Sandra Ceballos”*, a través de la cual se pretendió *“establecer las acciones para el control integral del cáncer en la población colombiana, de manera que se reduzca la mortalidad y la morbilidad por cáncer adulto, así como mejorar la calidad de vida de los pacientes oncológicos, a través de la garantía por parte del Estado y de los actores que intervienen en el Sistema General de Seguridad Social en Salud vigente, de la prestación de todos los servicios que se requieran para su prevención, detección temprana, tratamiento integral, rehabilitación y cuidado paliativo.”* (Subrayado fuera del texto) En dicha ley se caracterizó al cáncer como una enfermedad de interés en salud pública y como prioridad nacional; lo que hace ineludible su protección.

Por su parte, el artículo 4º de la Ley 1751 de 2015 define al sistema de salud como el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado establezca para garantizar y materializar el derecho fundamental a la salud.

La atención integral de las personas en riesgo o diagnosticadas con cáncer en el país, según el Ministerio de Salud, es una prioridad para la implementación de acciones de política pública, la cual está conformada por tres instrumentos: i) el Plan Decenal de Salud Pública 2012-2021; ii) el Plan Decenal para el Control del Cáncer en Colombia 2012-2021; y iii) la Política de Atención Integral en Salud, que tienen como objetivos comunes los siguientes: “1) avanzar hacia la garantía del

goce efectivo del derecho a la salud, 2) mejorar las condiciones de vida y salud de la población y 3) lograr cero tolerancia frente a la morbilidad, mortalidad y discapacidad evitables."

De esta manera, el **Plan Decenal de Salud Pública 2012-2021** contiene el componente "*Dimensión Vida Saludable y Condiciones no Transmisibles*" mediante el cual pretende definir las políticas e intervenciones sectoriales, transectoriales y comunitarias que aseguren el disfrute de una vida sana, en cualquiera de sus etapas, con la promoción de modos, condiciones y estilos de vida saludables en los espacios cotidianos de las personas, familias y comunidades y, de igual manera, a través del acceso a una atención integrada de las condiciones de las enfermedades no transmisibles como el cáncer, la diabetes, EPOC, y enfermedades cardiovasculares, entre otras.

En esa medida, dentro de los objetivos del mencionado instrumento se encuentran: i) favorecer de manera progresiva y sostenida la reducción a la exposición a los factores de riesgo modificables en todas las etapas del transcurso de la vida; y ii) **generar condiciones y fortalecer la capacidad de gestión de los servicios para mejorar la accesibilidad, la atención integral e integrada de las enfermedades no transmisibles y la reducción de las brechas en la morbilidad, mortalidad, discapacidad y demás circunstancias evitables, entre otras.**

Por su parte, el **Plan Decenal para el control del cáncer en Colombia 2012-2021** es un instrumento de política pública de trascendental importancia, debido a que establece:

"(...) la hoja de ruta para el control de esta enfermedad en el país y posiciona en la agenda pública el cáncer como un problema de salud pública que moviliza la acción del Estado, la acción intersectorial, la responsabilidad social empresarial y la corresponsabilidad individual para el control del cáncer en Colombia."

Los objetivos de esta herramienta de política pública son los siguientes: i) reducir la prevalencia de factores de riesgo modificables para cáncer; y ii) **reducir las muertes evitables por cáncer mediante el mejoramiento de la detección temprana** y la calidad de la atención, entre otros.

El cáncer de mama es una prioridad en el mencionado Plan Decenal, de hecho "*(...) conmina a todos los agentes del sector a adelantar acciones para su control [...] orientadas a incrementar la prevalencia de factores protectores, la proporción de casos de cáncer de mama en estadios tempranos, así como a aumentar las coberturas de tamización y **detección temprana de cáncer de mama** y garantizar la oportunidad, continuidad y pertinencia en el diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y cuidado paliativo de las mujeres con este tipo de cáncer.*" (Énfasis agregado)

Finalmente, la Política de Atención en Salud-PAIS tiene como objetivo mejorar las condiciones de salud de la población mediante la regulación de los agentes que participan en la prestación del servicio, con la finalidad de garantizar **la prevención, el diagnóstico, el tratamiento y la paliación en condiciones de accesibilidad, aceptabilidad, oportunidad, continuidad, integralidad y capacidad de resolución.** (Énfasis agregado)

Así las cosas y entorno al tema aquí tratado, la Corte Constitucional se refirió a la protección que debe dársele a estas personas, en los siguientes términos: *“Por la complejidad y el manejo del cáncer ha reiterado el deber de protección especial que deben tener las entidades prestadoras del servicio de salud, y por lo tanto, ha ordenado que se autoricen todos los medicamentos y procedimientos POS y no POS que se requieran para el tratamiento específico e incluso inaplicar las normas que fundamentan las limitaciones al POS, razón por la cual se le debe otorgar un trato preferente”*.

De lo anterior se advierte que una de las reglas decantadas por el Tribunal Constitucional respecto de las personas que padecen cáncer u otras enfermedades catastróficas es el derecho que éstas tienen a una *atención integral en salud* que incluya la prestación de todos los servicios y tratamientos que requieren para su recuperación, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el Plan Obligatorio de Salud o no.

En suma advierte que, esta integralidad a la que tienen derecho esta clase de pacientes cuyo estado de enfermedad afecte su integridad personal o su vida en condiciones dignas, significa que la atención en salud que se les brinde debe contener *“todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”*.

Lo anterior permite inferir que la integralidad comprende no solo (i) el derecho a recibir todos los medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico, tratamientos y cualquier otro servicio necesario para el restablecimiento de la salud física, conforme lo prescriba su médico tratante, sino también (ii) la garantía de recibir los servicios de apoyo social en los componentes psicológico, familiar, laboral y social que requieran los pacientes con cáncer para el restablecimiento de su salud mental.

Y en ese sentido, igualmente indicó que el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta. Es decir, que los jueces de tutela que reconocen y ordenan que se brinde atención integral en salud a un paciente *“se encuentran sujet[o]s a los conceptos que emita el personal médico, y no, por ejemplo, a lo que estime el paciente”*. De este modo, las indicaciones y requerimientos del médico tratante deben ser las que orienten el alcance de la protección constitucional del derecho a la salud de las personas. Y reitero:

*“(..) a toda persona que sea diagnosticada con cáncer se le deben garantizar los tratamientos que sean necesarios de manera completa, contin[u]a y, **sin dilaciones injustificadas, de conformidad con lo prescrito por su médico tratante**, así se evita un perjuicio irremediable en la salud y la vida del paciente”*. (resalto por fuera de texto)

Y da la facultad al juez constitucional de reconocerlo, bajo los siguientes termino: *“Por otro lado, este principio de integralidad tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio y evitar al paciente interponer una acción de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por el médico tratante. Por ello, en desarrollo del mismo, el juez de tutela tiene la facultad de ordenar que se garantice el acceso a todos los servicios “que*

el médico tratante valore como necesario[s] para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente". Esta continuidad se materializa en que el tratamiento integral debe ser brindado "de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad".

Facultades otorgadas con ocasión al grado de urgencia e importancia que ostenta el principio de oportunidad frente a enfermedades ruinosas y/o catastróficas⁸,

⁸ *"ello, debido a que el cáncer es una enfermedad que por su gravedad y complejidad requiere un tratamiento continuo que no puede sujetarse a dilaciones injustificadas ni prestarse de forma incompleta, la Corte ha sido clara en afirmar que **la integralidad y la oportunidad en la prestación del servicio de salud en estos casos cobra mayor relevancia y debe cumplirse de forma reforzada.***

En este sentido, ha sostenido en varias oportunidades que la demora injustificada en el suministro de medicamentos o insumos médicos a personas con sospecha o diagnóstico de cáncer, o en la programación de un procedimiento quirúrgico o tratamiento de rehabilitación, "puede implicar la distorsión del objetivo del tratamiento o cirugía ordenada inicialmente, prolongar el sufrimiento, deteriorar y agravar la salud del paciente e incluso, generar en éste nuevas patologías, y configurar, en consecuencia, una grave vulneración del derecho a la salud, a la integridad personal y a la vida digna de un paciente".

Es decir, esta Corporación ha dejado claro que de la oportuna prestación del servicio depende la calidad de vida de los pacientes y que, por esta razón, cuando la prestación del servicio de salud no es eficaz, ágil y oportuna, se afectan sus derechos fundamentales, situación que empeora cuando se trata de personas con enfermedades ruinosas. (...)

A partir de lo anterior, la Corte ha concluido que el derecho a la salud también puede resultar vulnerado cuando, debido a la demora para la prestación de un servicio o el suministro de un medicamento, se produzcan condiciones que sean intolerables para una persona. Sobre el particular, señala:

"(...) el derecho en cuestión puede resultar vulnerado cuando la entidad prestadora del servicio se niega a acceder a aquellas prestaciones asistenciales que, si bien no tienen la capacidad de mejorar la condición de salud de la persona, logran hacer que la misma sea más manejable y digna, buscando disminuir las consecuencias de su enfermedad". (...)

Particularmente, dispuso que estas entidades tienen la obligación de proporcionarles a las personas con sospecha o diagnóstico de cáncer la atención oportuna sin que se presenten retrasos que pongan en riesgo su vida o su salud y que "no se puede negar o dilatar la atención o asistencia médica requerida, y el registro de citas de consulta médica especializada debe ser gestionado y optimizado por las entidades competentes". Además, aclaró que "las entidades vigiladas deben saber que [é]stas en ningún momento pueden desconocer alguna otra orden, recomendación o parámetro, que realizare cualquiera otra autoridad o juez de la República".

Lo anterior, debido a que "Así lo advirtió el Grupo de Soluciones Inmediatas en Salud de la Superintendencia Nacional de Salud en sus informes de análisis de las peticiones, quejas y reclamos de carácter prioritario presentados por los usuarios del sistema de salud colombiano:

"la información recolectada anteriormente nos permite concluir que las principales PQR atendidos por el Grupo de Soluciones Inmediatas en Salud tienen como causa principal la restricción en el acceso a los servicios de salud, específicamente los generados con ocasión de las demoras en la autorización y la falta de oportunidad para la atención".

El Observatorio Interinstitucional de Cáncer para Adultos – OICA – también ha denunciado que los mayores motivos que generan barreras de acceso para la oportuna atención a los pacientes con cáncer son "demora en los medicamentos, demora en las autorizaciones (de procedimientos, quimioterapias, exámenes, medicamentos); negación del servicio, demora de la cita con el especialista, entre otros".

Según esta organización "un paciente con cáncer en Colombia tiene que surtir 30 trámites en promedio, que comienzan con la visita al médico general, pasan por pedir las órdenes para cada uno de los exámenes, luego las citas con especialistas, para finalmente poder obtener la autorización de su tratamiento". De esta forma, los tratamientos de las personas con cáncer en Colombia comienzan generalmente cuando el mismo ya está en la tercera de sus cuatro fases, "aproximadamente seis meses después de haber consultado por primera vez al médico". El Instituto Nacional de Cancerología ha denunciado que, incluso, la mera obtención del diagnóstico en Colombia puede tardar un promedio de tres meses. Debido a la demora en los diagnósticos y en la iniciación de los tratamientos de radioterapia y quimioterapia, los especialistas de la salud afirman que se gastan los recursos del sistema en tratar a personas en estadios III y IV, que son prácticamente incurables, y no a personas en estadios iniciales cuyo tratamiento resulta ser más sencillo y menos costoso.

concluyendo *“que ante la seriedad de la problemática, es preciso que tanto los jueces constitucionales, como las entidades encargadas de la inspección, vigilancia y control de la prestación de servicios oncológicos cataloguen la demora en la prestación de servicios de salud a este tipo de pacientes como un verdadero incumplimiento de sus obligaciones legales y constitucionales, y en esta medida adopten las acciones debidas para sancionar, por la vía judicial o administrativa, el incumplimiento de las entidades encargadas de la prestación de servicios de salud por falta de oportunidad. Lo anterior, debido al rápido deterioro de la salud que, debido a una espera injustificada, puede llegar a sufrir un paciente de estas características, y a los mayores costos que la falta de oportunidad le está generando al SGSSS.”*

Enfoque diferencial en las políticas de salud y protección ante el cáncer de mama. Finalmente, de las normas relacionadas anteriormente se permite evidenciar que su aplicación está sometida a un enfoque diferencial en razón al género pues, tal y como se expuso previamente, la salud tiene una doble connotación, pues se trata de un derecho fundamental autónomo y, adicionalmente, es un servicio público esencial obligatorio. Por tal razón, de acuerdo con el artículo 6º de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, la faceta de derecho está compuesta por elementos esenciales e interrelacionados, entre los cuales encontramos el de aceptabilidad, el cual es definido por la Corte Constitucional como aquel en el cual “los agentes del sistema deben respetar la ética médica y la diversidad cultural de las personas, minorías étnicas, pueblos y comunidades, para lo cual están en la obligación de permitir su participación en las decisiones del sistema de salud que les afecten y responder a las necesidades de salud **relacionadas con el género y el ciclo de vida.**

Lo anterior como quiera que en sentencia SU124 de 2018, se logró establecer que *“anualmente son reportadas aproximadamente 2.226 muertes en mujeres a causa del cáncer de mama, de las cuales el 36.8% son mayores de 65 años, el 48% son mujeres entre los 45 y 64 años y el porcentaje restante corresponde a mujeres entre 15 y 44 años. De esta manera, entre los años 2000 y 2011, el número de muertes registradas por este tipo de cáncer pasó de 1826 defunciones anuales para el periodo 2000-2006 a 2226 muertes anuales para el periodo 2007-2011. Según el Instituto Nacional de Cancerología, el departamento de Antioquia y la ciudad de Bogotá, tienen la mayor incidencia de este tipo de cáncer en el país. Así mismo la Cuenta de Alto Costo señaló que el número total de casos para el año 2015 era de 37.749, para el 2016 de 43.846 y para el año 2017 de 50.887.*

En cuanto a los hombres dicha entidad, indico número total de casos para el año 2015 era de 222, para el 2016 de 277 y para el año 2017 de 266.

Debido a lo anterior, el acceso de manera oportuna a los servicios de salud por parte de los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Colombia ha sido uno de los temas de atención por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, encargada de realizar la inspección, vigilancia y control de las entidades administradoras de planes de beneficios en salud (artículo 6º del Decreto 2462 de 2013 y del artículo 121 de la Ley 1438 de 2011)” Corte Constitucional, Magistrada sustanciadora: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, sentencia del 21 de septiembre de 2018, tutela instaurada por Sor Adiel Sánchez Quintero en calidad de agente oficioso de su hermano Adalberto Antonio Sánchez Quintero en contra de Coomeva E.P.S., Radicado T-6.757.944, tema: protección constitucional reforzada: Alcance de los principios de integralidad y oportunidad en la prestación de servicios de salud oncológicos, fundamentos: 20 a 26.

Del derecho a la salud del adulto mayor.

El derecho a la salud, la seguridad social y a la vida de los adultos mayores es fundamental por mandato expreso de la Constitución.

Ahora bien, la Honorable Corte Constitucional⁹ ha concebido como sujetos de especial protección a los niños, los discapacitados y los **adultos mayores**¹⁰, en ese sentido, la protección al derecho fundamental a la salud se provee de manera reforzada, en virtud del principio de igualdad y la vulnerabilidad de los sujetos enunciados. En consecuencia, **las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud y, en tal medida, el Estado y las entidades prestadoras de salud se encuentran obligadas a prestarles la atención médica que requieran, de conformidad con lo prescrito por el médico tratante.**

Así mismo el Alto Tribunal Constitucional¹¹ ha referido sobre el particular que en el caso de las personas de la tercera edad, por ser sujetos de especial protección constitucional el derecho a la salud adquiere la calidad de derecho fundamental autónomo, en razón a las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran; por tal motivo, el Estado, así como las entidades prestadoras de salud se encuentran obligadas a prestarles la atención médica integral que requieran, de conformidad con el tratamiento ordenado por el médico tratante, con sujeción a los principios de celeridad, eficiencia, continuidad y oportunidad. En ese orden de ideas, cuando un adulto mayor padezca alguna enfermedad que aqueje su salud, y en razón de ello solicite la atención médica necesaria, pero esta sea negada con el argumento que la misma no se encuentra cubierta por el plan obligatorio de salud, gozará de protección constitucional puesto que su derecho a la salud es fundamental, y en consecuencia el servicio médico le deberá ser prestado inmediatamente.

V. Caso concreto.

En el caso sometido a consideración el señor Gustavo Rodríguez Marín actuando como agente oficioso solicita que le sean tutelados los derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social, igualdad y, a un adecuado nivel de vida de su hermana **Rosalba Rodríguez Marín**, los cuales estima vulnerados por parte de la Nueva E.P.S. por la dilación y demora en efectuar el tratamiento ordenado por su médico

⁹ Cfr. Sentencia. T-022 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

¹⁰ “Conviene precisar que el término “persona de la tercera edad” y el concepto “adulto mayor”, que a menudo se usan indistintamente, no pueden ser empleados como sinónimos. El concepto “adulto mayor” fue definido en la Ley 1276 de 2009. En ella se apela a la noción de “vejez” propia del sistema de seguridad social, con el fin de identificar la población destinataria de la atención integral en los centros de vida. De cara a lo dispuesto por el Legislador en esa norma, **será adulto mayor quien supere los 60 años o aquel que sin superar esa edad, pero con más de 55 años, tenga condiciones de “desgaste físico, vital y psicológico [que] así lo determinen”**. Por su parte, la calidad de “persona de la tercera edad” solo puede ostentarla quien no solo es un adulto mayor, sino que ha superado la esperanza de vida. No todos los adultos mayores son personas de la tercera edad; por el contrario, cualquier persona de la tercera edad será un adulto mayor. La persona de la tercera edad-Se considera que lo es a partir de 76 años, según actualización emitida por el DANE” Corte Constitucional, Magistrada Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, sentencia del 22 de enero de 2020, Acción de tutela presentada por Ramón Emilio Mejía Flórez contra Colpensiones, Radicado T-7.311.733, tema: Protección constitucional de los derechos fundamentales a la seguridad social y al habeas data de un adulto mayor, fundamento: 29 a 32.

¹¹ Sentencia T-745 de 2009.

tratante, pues “un mes después de entregar las prescripciones médicas ante la NUEVA E.P.S., todavía no le han dado respuesta para practicarse el examen que ya canceló, y menos, le han programado los procedimientos solicitados por CLINALTEC”, con ocasión a su diagnóstico de “TUMOR MALIGNO DE MAMA DERECHO”

De acuerdo con lo expuesto en los antecedentes facticos normativos y jurisprudenciales se logró acreditar, lo siguiente:

Que la señora **Rosalba Rodríguez Marín** de 65 años de edad, al estar afiliada a la Nueva E.P.S. régimen contributivo (fl. 24) en el mes de septiembre de 2020 acude a las instalaciones de la Clínica Tolima debido a la presencia de una masa en su mama derecha. Fruto de dicha atención le fueron ordenados exámenes médicos y diagnósticos los cuales de conformidad con la Historia Clínica fueron practicados entre los meses de octubre y noviembre del año 2020 (fls. 25 y sgts).

Que el día 20 de noviembre de 2020, fue diagnosticada por el médico tratante, en virtud al análisis de los resultados médicos allegados, con *“tumor maligno de mama parte no especifica”*, por lo que le fue fijado el plan de manejo consistente en *“paciente de 65 años de edad, diabética, hipotiroidea, sin antecedentes familiares para Ca de mama, prima CA de ovario, con CA de mama derecha ductal infiltrante G3, triple negativo KI67 70% etapa clínica cT3 cN2 M0 IIIA. Se indica inicio de tratamiento oncológico con terapia sistémica (neoadyuvancia). Control de mastología en 3 meses. Explico a la paciente el plan médico a seguir. Se solicita valoración por Genética. Se ordena marcación de lesión tumoral con clip radio opaco bajo guía ecográfica.”* (fl. 25).

De las pruebas allegadas se advierte que con ocasión a dicho plan de manejo el día 20 de noviembre de 2020 le fueron expedidas las órdenes médicas de Oncología clínica (fl. 24), Mastología (fl. 22), Ecografía diagnostica de mama (fl. 19) y las fórmulas médicas ordenando el procedimiento médico de *“localización de lesión no palpable de mama clip cod#851303 paciente con CA de mama derecha triple negativo: 8513d, guía ecográfica”* (fl. 20) y *“Marcación de lesión tumoral de CI de mama derecha con clip radio opaco: prioritario: antes de iniciar neoadyuvancia Cod. 851301.”*

En efecto y en atención a las órdenes médicas expedidas, el día 21 de noviembre de 2020 mediante orden Nro. POS 11485 P023 -137319348 le fue autorizada la *“Consulta por primera vez por especialista en oncología”* en CLINALTEC, orden valida por 180 días a partir de la fecha de autorización (fl. 23).

Así mismo, obra cotización Nro. 5376 del 7 de diciembre de 2020 en la que se evidencia que la señora **Rosalba Rodríguez Marín** cotiza la práctica de los exámenes *“Localización de lesión no palpable de mama con arpón u otro dispositivo y localizador de lesiones mamarias REF 1030014 en unidades POS”*, cuyo costo ascendió a \$1.485.600 y el cual fue pagado de conformidad con el recibo de pago obrante a folio 16 del expediente.

En atención a dicho acuerdo de carácter particular la empresa Clinaltec el día 21 de diciembre de 2020 realizó estudio colocación de clip radio opaco de marcación en seno derecho guiado por ecografía, en el que *“Se observó masa sólida micro lobulada en el cuadrante inferior interno del seno derecho en zona horaria de las cuatro a 5 cm del pezón con una medida de 46 × 35 mm. (...) previo consentimiento informado asepsia antisepsia e*

instalación de anestesia local bajo guía ecográfica se procedió a colocar el clip de marcación radio Paco el cual queda alojado en el Centro de la lesión. El procedimiento no presenta complicaciones. (...)" (fl. 14) y finalmente el médico tratante de dicha entidad en valoración medica particular de conformidad con lo evidenciado a folios 11 a 12 del expediente, le formuló como plan de tratamiento "1 ciclo de quimioterapia protocolo AC + pegfilgastrin, control por oncología en 21 días con paraclínicos de control postquimioterapia" (fl. 12).

A su turno, la Nueva E.P.S. al momento de contestar la acción de tutela de la referencia manifestó que la entidad no ha negado ningún servicio a la accionante, a quien afirmó, se le han brindado todos las asistencias y beneficios médicos que ha demandado de manera integral, por lo cual consideró que la presente acción constitucional resulta improcedente, máxime si se considera que no se está en presencia de una vulneración de derechos fundamentales dado que la solicitud de la accionante obedece exclusivamente a un reembolso económico, que no puede ser dirimido en sede de tutela.

Así las cosas y ante el silencio guardado por las entidades vinculadas, debe decirse que la accionada Nueva E.P.S. siendo la responsable de la prestación, tal y como lo evidencia la entidad Viva 1ª I.P.S. S.A. y la normatividad en cita, se limitó, únicamente, a debatir la responsabilidad frente a la prestación del servicio requerido por la accionante, sin aportar pruebas sobre la efectiva autorización y prestación de los servicios que le fueron prescritos a la señora **Rosalba Rodríguez Marín**, máxime que de lo acreditado en el plenario no se evidencia documento alguno que demuestre que las aludidas ordenes de oncología clínica (fl. 24), Mastología (fl. 22), Ecografía diagnostica de mama (fl. 19), procedimientos de *"localización de lesión no palpable de mama clip cod#851303 paciente con CA de mama derecha triple negativo: 8513d, guía ecográfica"* (fl. 20) y *"Marcación de lesión tumoral de CI de mama derecha con clip radio opaco: prioritario: antes de iniciar neoadyuvancia Cod. 851301."* e incluso el tratamiento oncológico ordenado el 20 de noviembre de 2020, hubiesen sido autorizadas y brindadas a favor de la actora.

Situación que se encuentra corroborada, igualmente, por la actora en virtud de lo manifestado en el escrito tutelar cuando, señala que *"un mes después de entregar las prescripciones médicas ante la NUEVA EPS, todavía no le han dado respuesta para practicarse el examen que ya canceló, y menos, le han programado los procedimientos solicitados por CLINALTEC"* y las gestiones que a "motu proprio" realizó la accionante con el fin de tratar oportunamente su patología, pues como indicó la H. Corte Constitucional *"la detección del cáncer en estadios tempranos permitiría reducir la morbilidad y facilitará abordajes menos intensos como cirugías, radiación o quimioterapia."*

Así mismo, observa el Despacho, a la luz de lo analizado en el acápite normativo y jurisprudencial, que pese a que la señora **Rosalba Rodríguez Marín** acudió el día 22 de septiembre de 2020 luego de haber palpado la masa en su derecho, su diagnóstico de Cáncer en estado III solo se confirma hasta el 20 de noviembre de 2020, según el resumen de la historia clínica vista a folio 25, de lo que se infiere que su patología ha sido progresiva y acelerada si, se tiene en cuenta que en el mes de enero de 2019 se practicó una mamografía bilateral cuyo resultado señalo *"hallazgo mamográficos de aspecto benigno."* (fls. 46 a 47).

Bajo los argumentos anteriores y revisados los hechos del caso concreto, se dirá que, si bien no se desconoce que la accionada ha dado un exiguo trámite prestacional, también es cierto que al no ser concedidos los servicios requeridos de manera oportuna para atender las diversas patologías y múltiples comorbilidades de la paciente teniendo en cuenta que además sufre de diabetes, ni paliar los padecimientos causados por el cáncer de mama, la Nueva E.P.S. ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud de la señora **Rosalba Rodríguez Marín** y en razón de ello, la Nueva E.P.S. deberá corregir tal falencia y proceder de conformidad con lo señalado, para evitar que la calidad de vida de la demandante se vea aún más disminuida y procurar una vida en condiciones dignas.

Por lo que se procederá a amparar los derechos invocados por el agente oficioso y considerando que la señora **Rosalba Rodríguez Marín** hace parte de los grupos o sujetos de especial protección constitucional al ser una persona padece de una enfermedad catastrófica¹², será procedente ordenar a la NUEVA E.P.S. o quien haga sus veces, realice todas las gestiones que se encuentren a su cargo, para prestar de manera integral el servicio de salud, entendiendo por este, los tratamientos, medicamentos, intervenciones, terapias, procedimientos, exámenes, controles, elementos, seguimientos, transporte (en ambulancia en caso de ser necesario), alojamiento, junto con un acompañante y demás elementos que la señora **Rosalba Rodríguez Marín** requiera, siempre y cuando sean ordenados por su médico tratante para tratar su patología de “CA de mama derecha ductal infiltrante G3, TRIPLE NEGATIVO K167 70%. Etapa clínica cT3 cN2 MO. IIIA, Lesión tumoral en la glándula mamaria derecha y/o tumor maligno de mama derecha, adenomegalias axilares metastásicas, diabetes e hipotoroides”, sin que pueda la entidad y sus funcionarios rehusarse a prestar algún servicio de salud que llegue a requerir el accionante so pretexto de no estar especificado en la presente decisión, como quiera que aquí se está ordenando atención integral, que sin duda alguna comprende todo lo necesario para la recuperación de la salud de la paciente, lo que quiere significar que no se puede exigir por parte de la entidad encargada de prestar el servicio, la formulación de acciones de tutela distintas por cada servicio que llegue a requerir la paciente.

Ahora bien, **frente al segundo amparo solicitado**, esto es, el reembolso de los dineros sufragados por la accionante por la práctica de manera particular de los exámenes “Localización de lesión no palpable de mama con arpón u otro dispositivo y localizador de lesiones mamarias REF 1030014 en unidades POS”, monto que asciende a \$1.485.600, es importante aclarar lo preceptuado por la Resolución 5261 de 1994 en su artículo 14 que determina que el reembolso por pago de los gastos que hubiere hecho el usuario o beneficiario lo debe hacer la E.P.S. en tres situaciones: (i) Tratándose de atención inicial de urgencias cuando el afiliado sea atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la E.P.S. a la cual esté inscrito. (ii) Cuando haya sido

¹² Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha establecido que cuando en el proceso se encuentre vinculada una persona de especial protección constitucional, entre ellas, quienes padecen enfermedades catastróficas, degenerativas y de alto costo, y se pretenda la protección del derecho fundamental a la salud, estos requisitos deben analizarse con menor rigurosidad. “En efecto, el hecho de que el tutelante ostente la condición de sujeto de especial protección por parte del Estado, impone al juez constitucional tener en cuenta que entre mayor vulnerabilidad del accionante, mayor debe ser la intensidad de la protección para realizar de esa manera el principio de igualdad real, contemplado en el artículo 13 superior”. Esta regla puede aplicarse también en casos de pacientes con enfermedades terminales o crónicas, degenerativas e irreversibles(...)” sentencia T-721-17 Corte Constitucional.

autorizada en forma expresa por parte de la respectiva entidad promotora de salud, la prestación de atenciones específicas, y (iii) En caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la entidad promotora de salud en el cubrimiento de las obligaciones para con sus usuarios.

Estructurada cualquiera de las anteriores situaciones, el usuario queda habilitado para hacer la solicitud de reembolso, para lo cual debe cumplir el procedimiento señalado en la Resolución Nro. 5261 de 1994 expedida por el Ministerio de Salud¹³; sin embargo, de la lectura del expediente no se logra evidenciar que la accionante o su agente oficioso hubiesen surtido el mentado trámite, previa radicación de la acción constitucional de la referencia, ni se advierte la afectación a su mínimo vital si se tiene en cuenta que la señora **Rosalba Rodríguez Marín** goza de una mesada pensional.

De esta forma, se tiene como regla general que en materia de reconocimiento de derechos patrimoniales o legales al juez de tutela no le corresponde señalar el contenido de las decisiones que deben tomar las autoridades públicas en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, porque además de carecer de competencia para ello, por el propio mandato constitucional precitado, no cuenta con los elementos de juicio indispensables para resolver sobre los derechos por cuyo reconocimiento y efectividad se propende, siendo de esta forma excepcional la competencia del juez de tutela para entrar a hacer un estudio de fondo en un caso de estos.

Excepcionalidad que en el presente caso no procede por cuanto *i*). la accionante cuenta con otros mecanismos, incluso mínimos - como ya vimos -, de índole administrativo y/o ordinarios para conculcar sus pretensiones dinerarias, *ii*). dentro del proceso no se cuenta con los elementos de juicio suficientes para determinar si el examen practicado corresponde con el ordenado pues guarda diferencias en su nombre y codificación, *iii*). y como quiera que dicha atención médica ya se prestó, garantizándose con ello la protección de sus derechos, no es factible tutelar los derechos a la salud y a la seguridad social, menos aún si la petición se concreta en la reclamación de una suma de dinero que además no se encuentra aprobada. No existe tampoco perjuicio irremediable, pues la intervención ya se efectuó, por lo que el Despacho procederá a denegar el reembolso del dinero solicitado.

VI. Decisión

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

Resuelve:

¹³ Artículo 14 (...) La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto”.

PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental a la vida, salud, seguridad social y vida digna de la señora **Rosalba Rodríguez Marín**, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la NUEVA E.P.S. o quien haga sus veces, realice todas las gestiones que se encuentren a su cargo, para prestar de **manera integral el servicio de salud**, entendiendo por este, los tratamientos, medicamentos, intervenciones, terapias, procedimientos, exámenes, controles, elementos, seguimientos, transporte (en ambulancia en caso de ser necesario), alojamiento, junto con un acompañante y demás elementos que la señora **Rosalba Rodríguez Marín** requiera, siempre y cuando sean ordenados por su médico tratante para tratar su patología de “CA de mama derecha ductal infiltrante G3, TRIPLE NEGATIVO K167 70%. Etapa clínica cT3 cN2 MO. IIIA, Lesión tumoral en la glándula mamaria derecha y/o tumor maligno de mama derecha, adenomegalias axilares metastásicas, diabetes e hipotoroides”, sin que pueda la entidad y sus funcionarios rehusarse a prestar algún servicio de salud que llegue a requerir el accionante so pretexto de no estar especificado en la presente decisión, como quiera que aquí se está ordenando atención integral, que sin duda alguna comprende todo lo necesario para la recuperación de la salud de la paciente, **lo que quiere significar que no se puede exigir por parte de la entidad encargada de prestar el servicio, la formulación de acciones de tutela distintas por cada servicio que llegue a requerir la paciente.**

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, levantar la medida provisional ordenada en el auto admisorio de la acción de la referencia, teniendo en cuenta que se aprobó el tratamiento integral y de conformidad con lo expuesto en parte precedente.

CUARTO: NEGAR los demás amparos solicitados de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: ORDENAR a la Nueva E.P.S., que una vez venza el término para dar cumplimiento a la orden judicial impartida, rinda ante esta dependencia judicial **informe debidamente documentado, en el cual acrediten el cabal cumplimiento a la orden impartida en el presente fallo.**

SEXTO: NOTIFICAR a las partes el contenido de esta decisión, por el medio más expedito.

SEPTIMO: Conforme con lo previsto en el artículo 30 del Decreto- Ley 2591 de 1991 y de no ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes, remítase la actuación ante la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE¹⁴
EL JUEZ,

¹⁴ **NOTA ACLARATORIA:** La providencia se tramitó y suscribió por los canales electrónicos oficiales del Juzgado Quinto Administrativo Oral del circuito de Ibagué y de la misma manera fue firmada.

1ª Instancia- Acción de Tutela
Radicado: 73001-33-33-005-2021-00020-00
Accionantes: Gustavo Rodríguez Marín actuando como agente oficioso de la señora Rosalba Rodríguez Marín
Demandado: Nueva E.P.S y otros


José David Murillo Garcés