



JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

Acción : Tutela
Ref. : 150013333009-2014-0143
Demandante : LUZ ALEIDA VARGAS SUAREZ
Demandado : CAPRECOM E.P.S.

Tunja, Veinticuatro (24) de Agosto de dos mil quince (2015)

I. LA ACCION

Se pronuncia el Despacho acerca de la acción de tutela formulada por la ciudadana LUZ ALEIDA VARGAS SUAREZ contra CAPRECOM E.P.S-S y MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con el derecho a la vida, a la vida digna, y la seguridad social.

II. ANTECEDENTES

1. Peticiones

- 1.1 Solicita la accionante, que de manera urgente y de forma definitiva, se ordene a la E.P.S. CAPRECOM; que le proporcione un tratamiento integral de acuerdo al diagnóstico de la enfermedad terminal que padece con:
- a. Atención domiciliaria integral.
 - b. Ordenes o autorizaciones permanentes para darle continuidad al tratamiento y principalmente para realizarse el procedimiento de Radioterapia y/o Quimioterapia, o tratamiento integral para el cáncer que padece, ordenado por el médico tratante.
 - c. Subsidio de transporte de la vereda de rio de piedras donde reside al municipio de Tuta y ciudad de Tunja, o la ciudad que ordene la E.P.S. a cumplir con los tratamientos y obtención de citas o autorizaciones.
 - d. Entrega inmediata de medicamentos.
 - e. Servicio de ambulancia cuando por su estado de salud le sea imposible desplazarse y demás que se considere por el médico tratante.

2. Fundamentos de la Tutela.

Manifiesta la señora LUZ ALEIDA VARGAS SUAREZ que fue diagnosticada con TUMOR MALIGNO DE MAMA, nivel 1, por lo cual es importante que se le realicen los procedimientos médicos urgentes ordenados por el médico tratante.

Que el día 25 de mayo de 2015, le fue extraída la masa de su mama derecha, ordenándosele por el especialista en Oncología una serie de radioterapias, que a la fecha no ha sido realizadas por falta de autorización, obligándola a cancelar de forma particular la cita de oncología, sin embargo agrega que no cuenta con los recursos económicos para continuar con el tratamiento, ya que tiene un hijo por el cual tiene que responder.

Señala que la enfermedad que padece requiere un tratamiento integral e inmediato y la demora en el mismo hace que avance la enfermedad, poniendo en riesgo su salud y su vida, dada la negligencia de la E.P.S. en la asignación de las citas para la realización de las radioterapias.

3. Derechos fundamentales violados.

Refiere la tutelante que se le están vulnerado sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, a la vida digna y a la seguridad social, por cuanto según lo preceptuado en el artículo 1º de la Ley 972 de 2005: "El Estado y el Sistema General de Seguridad Social en Salud, garantizará el suministro de los medicamentos, reactivos y dispositivos médicos autorizados para el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades ruinosas o catastróficas, de acuerdo con las competencias y las normas que debe atender cada uno de ellos".

Así mismo refiere como fundamento, entre otros la sentencia T-013 de 1995, en la cual se precisa la conexidad que existe entre el derecho a la salud con el derecho a la vida, lo que implica que aquél consista en conservar la plenitud de las facultades físicas, mentales y espirituales, poniendo todos los medios ordinarios al alcance para la prevención de las enfermedades, así como para la recuperación.

III. TRÁMITE PROCESAL.

La solicitud de amparo constitucional fue presentada el 06 de agosto de 2015 ante la Oficina Judicial de Tunja (fl. 15), repartida el día 10 de agosto de 2015 (fl.16) y pasada al Despacho en la misma fecha (fl.17).

Mediante auto proferido el 10 de agosto de 2015 y atendiendo las reglas de competencia establecidas en los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991 y las reglas de reparto contenidas en el artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, se resolvió admitir la solicitud de tutela de la referencia y decretar algunas pruebas (fls. 18 a 19), con auto de la misma fecha se ordenó una medida provisional (fls. 20 a 22), que consistió en "**ORDENAR** a CAPRECOM E.P.S., para que, de manera inmediata, autorice la práctica de la Radiología, que fuera ordenada el 16 de junio de 2015 a la señora LUZ ALEIDA VARGAS SUAREZ, identificada con C.C. No 40.028.101, así mismo el suministro del medicamento TAMOXIFENO (CITRATO) 20 MG TABLETA necesario para cubrir los 90 días de tratamiento...."

1. Contestación

1.1. Ministerio de Salud y Protección Social (fls. 59 a 65)

Dentro de la oportunidad legal conferida para tal fin, el Ministerio de Salud y Protección Social dio respuesta a la presente acción manifestando que a partir del 1 de julio de 2012 la población del régimen contributivo y subsidiado cuentan con un plan de beneficios unificado que cubre las mismas prestaciones para ambos regímenes.

Que el Ministerio de Salud y Protección Social es el ente rector en materia de salud, y le corresponde la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud, así como de dictar las normas administrativas – técnicas y científicas de obligatorio cumplimiento para el mismo de donde se deriva que en ningún caso será responsable directo de la prestación de servicios de salud.

Señala que las E.P.S. y las E.P.S.- S. junto con la Red Prestadora de Salud I.P.S. respectivas se encuentran en la obligación de prestar atención en salud a sus afiliados en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia.

Con respecto al servicio de transporte solicitado por la accionante refiere los eventos cubiertos por el POS (Resolución No 5521 de 2013), sin embargo en caso de que la situación no se adapte a ninguna de las hipótesis contempladas se deben aplicar los requisitos jurisprudenciales para verificar si procede la protección en los casos no cubiertos en el POS, y que básicamente se concretan en la falta de recursos económicos propios para costear el servicio que se reclama y que por ende es necesario realizar un examen riguroso de esta situación que vaya más allá de las afirmaciones de la demandante, ya que no obrar en tal sentido pone en peligro los recursos del sistema.

Que el procedimiento QUIMIOTERAPIAS Y RADIOTERAPIAS está incluido en el anexo 2 de la Resolución 5521 de 2013 en los siguientes términos:

(...)

2384	99.2.5	INYECCION O INFUSION DE REGIMEN DE QUIMIOTERAPIA (1)
2209	92.2.1	RADIOTERAPIA SUPERFICIAL
2210	92.2.2	RADIOTERAPIA ORTOVOLTAJE

En relación con estas prestaciones cubiertas, como precisa el artículo 15 de la citada Resolución, los beneficios incluidos en la cobertura deben ser suministrados por el EPS con cargo a los recursos de la UPC.

En relación a la atención domiciliaria cubierta en el POS es aquella que (1) es una alternativa a la atención hospitalaria institucional, es decir, aplica en casos en los que, de no prestarse la atención domiciliaria la persona requeriría internación; (2) debe ser ordenada por un médico tratante que es el que debe evaluar la pertinencia de suministrar los servicios en el domicilio o en un institución hospitalaria; (3) se refiere a intervenciones propias del sector salud (4) por lo que excluye otras formas de acompañamiento en el domicilio que pueden necesitar quienes padecen una enfermedad, por lo cual en el presente caso es necesario determinar si lo que solicita la accionante es realmente una atención domiciliaria, en el sentido definido en la Resolución 5521 de 2013 o un acompañamiento en el domicilio como una necesidad más de carácter social que de salud. Las intervenciones como las descritas en el primer caso son comunes por ejemplo cuando se requiere limpieza de heridas o aplicación de medicamentos intravenosos. En dichos casos es necesario que el personal de salud realice un acto que tiene claramente naturaleza médica.

Agrega que para ordenar este tipo de atención domiciliaria es necesario que se verifique si en el domicilio del paciente existen las condiciones adecuadas para proveer la atención, porque de lo contrario la E.P.S. no puede ordenar la atención domiciliaria o debe realizar las adecuaciones necesarias para que la atención sea viable.

Para finalizar respecto a la exoneración de los copagos manifiesta que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, expidió el Acuerdo No 0260 de 4 de febrero de 2004, por medio del cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del SGSSS señalado en el artículo 7º, así las cosas, es importante verificar al momento de realizarse los respectivos copagos que servicios están excluidos del pago de los mismos.

1.2. Departamento de Boyacá – Secretaría de Salud (fls. 66 - 72)

Dentro del término legal conferido para tal fin, el Departamento de Boyacá dio respuesta a la presente acción de tutela oponiéndose de antemano a las pretensiones de esta acción:

Argumenta su solicitud en el hecho de no corresponder a dicha entidad territorial el aseguramiento y cobertura integral en salud de un afiliado a una EPS, por cuanto tal actuar corresponde es a CAPRECOM EPSS garantizar el acceso integral a la salud del actor.

El legislador ha consagrado de forma categórica que son “las Entidades Promotoras de Salud – EPS- en cada régimen las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento.” (artículo 14 de la Ley 1122 de 2007).

Manifiesta que quien tiene la obligación es la EPS accionada de entregar lo dispuesto en el plan obligatorio de salud, hoy consagrado en la Resolución 5521 de 2013 emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social y lo que se escapa de allí, en principio, debe ser cubierto por la persona misma.

Seguidamente hace referencia a los artículos 2, 3, 9, 12, 29, 58, y 84 de la referida Resolución, normas en las cuales se hace referencia al plan obligatorio de salud, a los principios que rigen la garantía de acceso a los servicios de salud, a la atención para la recuperación de la salud y por último al transporte del paciente ambulatorio.

Señala que la petición realizada por la accionante es válida, en el entendido de que son las E.P.S. las encargadas del cubrimiento integral en salud de sus afiliados de conformidad con la jurisprudencia vigente sobre la materia como es el caso de la Sentencia T-206 de 2013.

Bajo estas consideraciones estima que no le cabe ninguna responsabilidad a la Secretaría de Salud de Boyacá, ya que esta entidad es responsable de la prestación de servicios de salud para la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en nuestra jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas y que de acuerdo a lo señalado en el artículo 43 de la Ley 715 de 2001, no le es permitido destinar recursos, asegurar y asumir los costos de pacientes afiliados al régimen contributivo, por cuanto se incurriría en el tipo penal de peculado por destinación oficial diferente.

Indica que dentro del articulado de la Resolución 5521 de 2013, están dispuestas un cumulo de mandatos con fuerza de ley a través de las cuales se consagra la obligación de las EPS de dar cobertura de atención en salud integral para las atenciones médicas cuya prestación se solicita. Lo anterior dado que la Unidad de pago por captación (UPC) es el valor anual que se reconoce por cada uno de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud (SGSSS) para cubrir las prestaciones del POS, en los regímenes contributivo y subsidiado ese valor es definido actualmente por el Ministerio de Salud y Protección Social a través de la Resolución 4480 de 2012.

Por último propone una falta de legitimación en la causa por pasiva por cuanto la cobertura de la atención reclamada debe ser atendida de manera inmediata, integral e ininterrumpida por parte de CAPRECOM E.P.S. – S.

1.3. CAPRECOM E.P.S. - S (fls. 84 a 86)

Dentro de la oportunidad legal correspondiente CAPRECOM E.P.S. S. Territorial Boyacá manifiesta que todo lo que ha requerido la accionante y que se encuentre dentro del POSS se le ha autorizado para las IPS con las que tiene contrato, lo cual ha permitido que venga siendo atendida por cancerología, sin embargo el contrato con la IPS terminó, y la facultad para contratar para este efecto es exclusivo del nivel nacional de esta entidad de lo cual se reafirma y recalca que en la actualidad no cuenta ni con delegación, ni con presupuesto ni menos aún con contrato con alguna IPS que tenga la especialidad requerida, así mismo el contrato de medicamentos terminó y al ser una paciente con diagnóstico de cáncer no cuenta con las facultades para contratar.

Agrega que si la usuaria llega a incurrir en los gastos de transporte mencionados en la en el artículo 14 de la Resolución No 5261 de 1994 debe proceder a radicar la respectiva documentación.

Refiere que las E.P.S., a las que esté afiliado el usuario deberán reconocerle los gastos que haya realizado por su cuenta por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en

una IPS, que no tenga contrato con la respectiva E.P.S. cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la E.P.S. para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.

Solicita en tal sentido se determine que CAPRECOM E.P.S.- S no ha vulnerado derecho alguno de la accionante pues todo lo que ha solicitado en la medida en que exista contrato de por medio le ha sido autorizado.

2. Pruebas

Obran como pruebas en el curso de la presente acción las siguientes:

- Copia de la Ordenes de servicios No 2775869 de fecha 16 de junio de 2015, para consulta de control o seguimiento medicina especializada, cita control por Oncología, consulta de primera vez por medicina especializada cita para manejo por radioterapia, cita al terminar la radioterapia de la señora Luz Aleida Vargas Suárez (fl. 6 a 8 y 11)
- Copia de la Historia Clínica – Clínica General Ambulatoria de la señora Luz Aleida Vargas Suárez (fls. 9, 10, 12 a 14, 77 y 83)
- Orden No-Copia de Consulta de puntaje del SISBEN de la señora Luz Aleida Vargas Suárez (fl. 23).
- Oficio SAL – 05942-2015 de fecha 13 de agosto de 2015, remitido por el Instituto Nacional de Cancerología que informa que no tiene relación contractual con la E.P.S. – S. CAPRECOM REGIONAL DE BOYACA. (fl. 74-79)
- Informe remitido por el Dr. Luis Guzmán que da cuenta del estado de salud de la señora Aleida Vargas y de la necesidad de los procedimientos y medicamentos formulados. (fl. 75, 80 y 81)
- Listado de documentos por paciente de la señora Luz Vargas. (fl. 76 y 82)
- Oficio remitido por el Director Territorial Boyacá de CAPRECOM E.P.S.S. en el que informa que fueron autorizados el día 20 de agosto de 2015 a la señora LUZ ALEIDA VARGAS SUAREZ el medicamento Tamoxifeno (citrato) 20 mg de base tableta, cantidad 30 y Consulta de Control o de seguimiento por Medicina Especializada en el Hospital Universitario Clínica San Rafael (Hospital Universitario Clínica San Rafael), para practica de Radioterapia.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde al Despacho establecer la presunta vulneración del derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida digna y la seguridad social de la ciudadana **LUZ ALEIDA VARGAS SUAREZ**, toda vez que según sus argumentos, los entes tutelados se encuentran violando los derechos enunciados, en razón a la falta de autorización para el tratamiento integral del cáncer que padece y específicamente con la práctica de radioterapia y quimioterapia que fueran ordenadas por su médico tratante, así como el suministro de los medicamentos correspondientes.

1. Del derecho a la salud

El derecho a la salud en el marco de la seguridad social dejó de ser un derecho fundamental por conexidad con la vida o dignidad humana, como fue otrora la tesis de la Corte Constitucional, para erigirse a través de los pronunciamientos de esa misma

Corporación en un derecho fundamental autónomo, tal como fue definido en la sentencia T-760 de 31 de julio de 2008, con ponencia del Magistrado, Doctor MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA en la que se precisó:

*“La jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud ‘en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal’, para pasar a proteger el derecho ‘fundamental autónomo a la salud’ (...) Siguiendo esta línea jurisprudencial, entre otras consideraciones, la Corte Constitucional en pleno ha subrayado que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. [...] En términos del bloque de constitucionalidad, **el derecho a la salud comprende el derecho al nivel más alto de salud posible dentro de cada Estado, el cual se alcanza de manera progresiva...**”¹ (subrayado fuera de texto)*

2. Del derecho a la salud de personas de especial protección y procedencia de la acción de tutela frente a suministros, medicamentos y procedimientos contemplados en el POS.

La Corte Constitucional ha dejado claro que el juez de tutela debe proteger el derecho a la salud y con mayor razón cuando esa urgencia de la protección recae en un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, **pacientes que padecen enfermedades catastróficas**, personas con discapacidad, entre otros) por otra parte es necesario que se trate de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a la idea de un Estado constitucional de derecho².

En tratándose y específicamente para el caso de pacientes que padecen de enfermedades catastróficas la Corte Constitucional en Sentencia T - 805 de 2013 Magistrado Ponente, Nilson Pinilla Pinilla precisó:

... “ 4.1. La Corte Constitucional ha venido reforzando el carácter fundamental de los derechos de personas que padecen enfermedades catastróficas o ruinosas, que por encontrarse en circunstancias de debilidad manifiesta, merecen una especial protección por parte del Estado y de la sociedad. Así, al apreciar el juez de tutela las condiciones específicas de un caso en el que perciba la posible vulneración de derechos fundamentales, debe valorar cada elemento y, si así se amerita, aplicar la protección constitucional reforzada que se ha dispuesto para pacientes de enfermedades catastróficas o ruinosas...

...4.2. De tal manera, el derecho a la salud toma relevancia especial frente a grupos poblacionales que se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta, entre los que están quienes padecen enfermedades catastróficas o ruinosas, primordialmente por el vínculo que une a la salud con la posibilidad de llevar una vida digna. Por tales razones, la Corte ha establecido que la acción de tutela es un medio judicial procedente, eficaz e idóneo para exigir judicialmente el respeto a ese derecho...” (subrayas fuera de texto).

¹ Criterio reiterado en sentencia T-815 de 11 de octubre de 2010, Magistrado Ponente: Dr. NILSON PINILLA

² Corte Constitucional, Sentencia T-1180 de 2 de diciembre de 2008, Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, Demandante Nicolás Hernán Linares Linares contra SALUDCOOP EPS.

En sentencia T-392 de 2013³, se dijo además que se les debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios⁴, destacando que la protección deprecada ha ampliado su cobertura, en tanto que en la actualidad también se ha reconocido la existencia de otros casos excepcionales en los cuales cuando las personas exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas, le es permitido al juez de tutela, otorgar el reconocimiento de las prestaciones requeridas para garantizar su atención integral, con el fin de superar las situaciones límites que los agobian⁵.

Ha de entenderse esta integralidad como la posibilidad de que se garantice el acceso a todos los servicios médicos que sean necesarios para llevar a cabo el tratamiento recomendado⁶ y todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente que se le ha encomendado, dentro de los límites establecidos en la ley⁷ y así lograr la recuperación total del estado de salud tanto físico como mental de dichas personas, más aún cuando se trata de sujetos de especial protección⁸.

Es así como la Resolución No 5521 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social, por medio de la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS), establece:

... **ARTÍCULO 126. ALTO COSTO.** Sin implicar modificaciones en la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, entiéndase para efectos del cobro de copago los siguientes eventos y servicios como de alto costo.

a) ALTO COSTO REGIMEN CONTRIBUTIVO:

9. Quimioterapia y radioterapia para el cáncer.

...b) ALTO COSTO RÉGIMEN SUBSIDIADO:

8. Pacientes con cáncer....”

Tal como lo refirió el Ministerio de Salud y Protección Social en la contestación que hiciera a la presente acción los procedimientos de QUIMIOTERAPIAS y RADIOTERAPIAS se encuentran incluidos en el anexo 2 de la Resolución 5521 de 2013 en los siguientes términos:

(...) ”

2384	99.2.5	INYECCION O INFUSION DE REGIMEN DE QUIMIOTERAPIA (1)
------	--------	--

³ Magistrado Ponente: GABRIEL EOUARDO MENDOZA MARTELO.

⁴ Sentencia Corte Constitucional T-531 de 2009.

⁵ Ver por ejemplo, las Sentencias T-016 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-574 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁶ Situaciones como la descrita fueron objeto de estudio por la Corte Constitucional en las sentencias: T-136 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-319 de 2003 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-133 de 2001 (MP. Carlos Gaviria Díaz), T-122 de 2001 (MP. Carlos Gaviria Díaz), T-079 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero), T-179 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

⁷ Cfr. Corte Constitucional, T-136 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa). En este caso el juez de primera instancia tuteló, los derechos a la salud y a la seguridad social invocados por el accionante y dio la orden de garantizar el tratamiento integral requerido. Sin embargo, el juez de segunda instancia confirmó la tutela de los derechos, pero revocó la orden de garantizar el tratamiento integral, por considerarlo un hecho incierto y futuro que no podía ser protegido por vía de tutela. El caso fue seleccionado por la Corte Constitucional, con el fin de precisar en su sentencia que de acuerdo a las reglas jurisprudenciales desarrolladas en fallos anteriores, es deber del juez de tutela garantizar la *integralidad* en materia de salud, específicamente, tratándose de la prestación del servicio. Por tal motivo revocó parcialmente la orden del juez de segunda instancia, ordenando que se garantizara el acceso del resto de servicios médicos que debían entenderse incluidos en el tratamiento médico, ordenado por el médico tratante. En este caso la Corte reiteró la posición sobre el principio de *integralidad* en materia de salud que había asumido en las sentencias T-133 de 2001 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y T-079 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

⁸ Sentencia T- 121 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

2209	92.2.1	RADIOTERAPIA SUPERFICIAL
2210	92.2.2	RADIOTERAPIA ORTOVOLTAJE

" (...)

De lo que se deduce que los pacientes que padecen de cáncer son considerados como sujetos de especial protección, por cuanto ésta patología es considerada como una enfermedad catastrófica o ruinoso, lo que genera en las EPS una función de protección y salvaguarda de los derechos fundamentales y para ello están en la obligación de prestar los servicios que se dirijan a la restauración y restitución de las condiciones físicas de los afiliados y beneficiarios en observancia del principio de integralidad, supuesto que es del todo relevante en los casos de sujetos de especial protección⁹."

Por otro lado tanto el medicamento requerido por la accionante, así como el transporte de pacientes ambulatorios se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, la Resolución No 5221 de 2013 en sus artículos 41 y 50 con relación al primero establece lo siguiente:

(...)

ARTÍCULO 41. COBERTURA DE MEDICAMENTOS. *La cobertura de un medicamento en el Plan Obligatorio de Salud está determinada por las siguientes condiciones: principio activo, concentración, forma farmacéutica y uso específico en los casos en que se encuentre descrito en el listado de medicamentos del Anexo 01 que hace parte integral de este acto administrativo. Para la cobertura deben coincidir todas estas condiciones según como se encuentren descritas en el listado.*

Los medicamentos descritos en el Anexo 01 hacen parte del Plan Obligatorio de Salud y por lo tanto, deben ser garantizados de manera efectiva y oportuna por la Entidad Promotora de Salud.

PARÁGRAFO 1o. *Los medicamentos descritos en el Anexo 01 que hace parte integral de este acto administrativo, están cubiertos en el Plan Obligatorio de Salud, cualquiera que sea el origen, la forma de fabricación o el mecanismo de producción del principio activo, salvo especificaciones descritas en el mismo anexo...*

...ARTÍCULO 50. GARANTÍA DE CONTINUIDAD EN EL SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS. *Las Entidades Promotoras de Salud deberán garantizar el acceso a los medicamentos cubiertos en el POS de forma ininterrumpida y continua, tanto al paciente hospitalizado, como al ambulatorio, de conformidad con el criterio del profesional tratante y las normas vigentes...* (Subrayas fuera de texto)

Y concretamente al medicamento requerido en el presente caso, la Resolución No 5926 de 2014 por la cual se ajustó el Anexo 1 de la Resolución 5521 de 2013, lo tiene incluido de la siguiente manera:

(...)"

No	Código ATC + CONSECUTIVO	DESCRIPC. CODIGO ATC	PRINCIPIO ACTIVO	CONCENTRACION	FORMA FARMACEUTICA
594	L02BA0101	TAMOXIFENO	TAMOXIFENO (CITRATO)	INCLUYE TODAS LAS CONCENTRACIONES	TABLETA CON O SIN RECUBRIMIENTO QUE NO MODIFIQUE LA LIBERACION DEL FARMACO CAPSULA

" (...)

⁹ Sentencia T-970 de 2008

Para el caso de transporte del paciente ambulatorio, la Resolución No 5521 de 2013, en su artículo 125 lo establece igualmente como incluido dentro del cubrimiento del Plan Obligatorio de Salud al indicar que:

... "ARTÍCULO 125. TRANSPORTE DEL PACIENTE AMBULATORIO. *El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a una atención incluida en el Plan Obligatorio de Salud, no disponible en el municipio de residencia del afiliado, será cubierto con cargo a la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica.*

PARÁGRAFO. *Las EPS igualmente deberán pagar el transporte del paciente ambulatorio cuando el usuario debe trasladarse a un municipio distinto a su residencia para recibir los servicios mencionados en el artículo 10 de esta resolución, cuando existiendo estos en su municipio de residencia la EPS no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios. Esto aplica independientemente de si en el municipio la EPS recibe o no una UPC diferencial...*"

Por lo cual y dado que los procedimientos y medicamentos se encuentran incluidos dentro del plan obligatorio de salud, ha de garantizarse el acceso efectivo a los mismos¹⁰, porque al no brindar procedimientos o medicamentos previstos en dichos planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud, tal y como se precisó en sentencia T- 005 de 2005

Así pues, una persona inscrita en el régimen de salud contributivo o subsidiado tiene derecho a reclamar mediante acción de tutela la prestación de un servicio médico cuando éste (i) está contemplado por el Plan Obligatorio de Salud (POS o POS-S),¹¹ (ii) fue ordenado por su médico tratante adscrito a la entidad prestadora del servicio de salud correspondiente,¹² (iii) es necesario para conservar su vida o su integridad¹³ y (iv) fue solicitado previamente a la entidad encargada de prestarle el servicio de salud, la cual o se ha negado o se ha demorado injustificadamente en cumplir su deber.¹⁴ La Corte Constitucional ha concedido el amparo de tutela en casos similares, una vez verificadas las condiciones aquí señaladas.¹⁵

¹⁰ Sentencia T - 533 de 2011

¹¹ Por ejemplo, en la sentencia T-757 de 1998 (MP Alejandro Martínez Caballero), fundándose en conceptos médicos que indicaban que el servicio de salud solicitado (una cirugía) no era necesario para conservar la vida ni la integridad de la accionante, la Corte consideró que la decisión de la entidad accionada de no autorizar la prestación del servicio se ajustó a derecho, "(...) toda vez que a la actora no se le practicó la cirugía (...) porque no se encuentra prevista dentro del manual de actividades, intervenciones y procedimientos del plan obligatorio de salud en el sistema general de seguridad social en salud (...)".

¹² El médico tratante correspondiente es la fuente de carácter técnico a la que el juez de tutela debe remitirse para poder establecer qué servicios médicos requiere una persona. Esta posición ha sido fijada, entre otros, en los fallos T-271 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-480 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-819 de 1999 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-076 de 1999 (MP Alejandro Martínez Caballero), y T-344 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

¹³ Desde los inicios de la jurisprudencia constitucional en la sentencia T-484 de 1992 (MP Fabio Morón Díaz), la Corte ha considerado que el derecho a la salud es tutelable cuando valores y derechos constitucionales fundamentales como la vida están en juego; posición jurisprudencial amplia y continuamente reiterada.

¹⁴ En los casos en los que una persona presente una acción de tutela contra una entidad encargada de promover el servicio de salud, ha reiterado la Corte, debe tenerse en cuenta que "(...) es un requisito de procedibilidad el requerir previamente a la EPS o ARS, la atención médica o el suministro de medicamentos o procedimientos (...)" que se necesitan. (Sentencia T-736 de 2004; MP Clara Inés Vargas Hernández).

¹⁵ En la sentencia T-042 de 1996 (MP Carlos Gaviria Díaz), por ejemplo, la Corte señaló: "En consecuencia, la condición de afiliada al Instituto de Seguros Sociales de la señora Sossa Alzate, la hace acreedora de las prestaciones propias del derecho subjetivo a la seguridad social, específicamente de aquellas que se relacionan con la recuperación de su salud, por lo que estaba legitimada para exigirle del ISS cuando acudió a esa institución en procura de alivio. || Se encuentra acreditado también, que han transcurrido más de veintisiete (27) meses desde que el especialista asignado para tratarla ordenó programar la cirugía que requiere, y el Instituto de Seguros Sociales no ha atendido tal orden, suspendiendo así, de hecho e injustificadamente, el pago de las prestaciones de salud que debe a la actora por su condición de afiliada-jubilada, aduciendo como única razón de su irregular proceder, su propia ineficiencia. || Por el lapso arriba anotado, la señora Sosa Alzate ha tenido que padecer, sin el auxilio médico que se le debió prestar, el dolor persistente y la disminución funcional de su pierna izquierda, generados por la deformación de la cabeza del fémur. La omisión del ISS no sólo ha afectado seriamente la integridad física de la actora, sino también su tranquilidad personal, lo que

3.- Del Hecho Superado

Al advertirse respuesta, aun extemporánea, la tutela pierde su razón de ser, respecto de lo cual, el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991 dispone lo siguiente:

"ARTICULO 26.- Cesación de la actuación impugnada. Si, estando en curso la tutela, se dictare resolución, administrativa o judicial, que revoque, detenga o suspenda la actuación impugnada, se declarará fundada la solicitud únicamente para efectos de indemnización y de costas, si fueren procedentes.

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

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

Las posiciones de la Corte Constitucional¹⁶ señalan que se puede estar ante un hecho superado y el daño consumado como modalidades de carencia actual de objeto, y donde indica que:

"No obstante, es necesario anotar que si bien la carencia actual de objeto tiene como característica esencial que la orden del juez de tutela, relativa a lo solicitado en la demanda de amparo, no surtiría ningún efecto; esto es, "caería en el vacío"¹⁷, este fenómeno puede presentarse a partir de dos eventos que a su vez sugieren consecuencias distintas: (i) el hecho superado y (ii) el daño consumado.

La carencia actual de objeto por hecho superado, se da cuando en el entre tanto de la interposición de la demanda de tutela y el momento del fallo del juez de amparo, se repara la amenaza o vulneración del derecho cuya protección se ha solicitado. En dicho sentido, no es perentorio para los jueces de instancia, aunque sí para la Corte en sede de Revisión¹⁸, incluir en la argumentación de su fallo el análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales planteada en la demanda. Sin embargo puede hacerlo, sobre todo si considera que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes, si así lo considera. De otro lado, lo que sí resulta ineludible en estos casos, es que la providencia judicial incluya la demostración de la reparación del derecho antes del momento del fallo. Esto es, que se demuestre el hecho superado.

Ahora bien, la carencia de objeto por daño consumado supone que no se reparó la vulneración del derecho, sino por el contrario, a raíz de su falta de garantía se ha ocasionado el daño que se buscaba evitar con la orden del juez de tutela. En estos casos resulta perentorio que el juez de amparo, tanto de instancia como en sede de Revisión, se pronuncie sobre la vulneración de los derechos invocados en la demanda, y sobre el alcance de los mismos. Igualmente, debe informar al

redunda en el desconocimiento de su derecho a una vida digna. || De todo lo expuesto se concluye que el derecho a la seguridad social, en lo que corresponde específicamente con el derecho a la salud de la actora, tiene el carácter de derecho fundamental; además, está probado que tal derecho ha sido vulnerado, y que la violación es imputable al Instituto de Seguros Sociales."

¹⁶ Sentencia T-612 del 2 de septiembre de 2009. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁷ Sentencia T-309 del 19 de abril de 2006. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁸ Esto se debe a que la Corte Constitucional, como Juez de máxima jerarquía de la Jurisdicción Constitucional tiene el deber de determinar el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita.

demandante o a los familiares de éste, sobre las acciones jurídicas de toda índole, a las que puede acudir para la reparación del daño, así como disponer la orden consistente en compulsar copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los demandados cuya acción u omisión causó el mencionado daño."

A su turno, el hecho superado también puede ser entendido de la siguiente manera:

"Si la acción de tutela tiene por objeto la salvaguarda efectiva de los derechos fundamentales cuando han sido conculcados o enfrentan amenaza, es natural que, en caso de prosperar, se refleje en una orden judicial enderezada a la protección actual y cierta del derecho, bien sea mediante la realización de una conducta positiva, ya por el cese de los actos causantes de la perturbación o amenaza, o por la vía de una abstención. De lo contrario, el instrumento constitucional de defensa pierde su razón de ser". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-036 del 2 de febrero de 1994).

"(...).

"De lo anterior se colige que la decisión judicial mediante la cual se concede una tutela tiene por objeto la restauración del derecho conculcado, ajustando la situación planteada a la preceptiva constitucional.

"Si ello es así, la desaparición de los supuestos de hecho en los cuales se fundó la acción -bien sea por haber cesado la conducta violatoria, por haber dejado de tener vigencia o aplicación el acto en que consistía el desconocimiento del derecho, o por haberse llevado a cabo la actividad cuya ausencia representaba la vulneración del mismo- conduce a la pérdida del motivo constitucional en que se basaba el amparo. Ningún objeto tiene en tales casos la determinación judicial de impartir una orden, pues en el evento de adoptarse ésta, caería en el vacío por sustracción de materia. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-033 del 4 de febrero de 1994). (Subrayas fuera de texto).

4.- Caso Concreto

Teniendo en cuenta lo anterior y al estudiarse la actividad desplegada por CAPRECOM E.P.S.S. se encuentra que mediante oficio de fecha 20 de agosto de 2015 (fl. 87) se da cuenta de la autorización a la señora LUZ ALEIDA VARGAS SUAREZ para la práctica de la radioterapia en el Hospital Universitario Clínica San Rafael y el suministro del medicamento Tamoxifeno (citrato) 20 mg de base tableta en cantidad de 30 y no de 90 como fue prescrito por su médico tratante (fl. 14), sin embargo nada se dijo con respecto al servicio de transporte que se solicita desde el lugar de residencia de la accionante al lugar en donde han de practicarse el referido procedimiento (Hospital Universitario – Clínica San Rafael).

No obstante, es evidente que debido a las circunstancias que rodean a la señora LUZ ALEIDA VARGAS SUAREZ, dado su precario estado de salud, su situación económica, la frecuencia y duración de los procedimientos médicos en un lugar diferente al de su residencia por cuanto la especialidad de los mismos así lo demandan, hace que tenga que incurrir en gastos de transporte, los cuales no puede asumir, poniendo en riesgo su integridad física, su salud y la posibilidad de recuperación, tal y como lo advierte su médico tratante a folios 75 y 80:

... "1. Necesidad de la Radioterapia

Soportado en la evidencia Clínica, estudio NSABP 06, la paciente requiere radioterapia con el fin de disminuir riesgo de recaídas locorregionales de su enfermedad y las posteriores consecuencias derivadas de estas que pueden poner en peligro su vida.

2. Necesidad de Tamoxifeno tabletas de 20 miligramos

Se considera indispensable y de vital importancia su suministro, ya que estudios clínicos como el NSABP 14, asocian su administración con disminución de recaídas tumorales, aumento de la supervivencia libre de enfermedad y aumento de la supervivencia global.

3. Manejo Sustituto

El manejo indicado a la paciente para el tratamiento de su enfermedad, a la luz de la mejor evidencia clínica disponible hasta el momento, es el ideal y no se considera manejo sustituto que puede brindar las ventajas que representa éste...”

En el caso concreto y dado que fue autorizada la radioterapia en el Hospital Universitario - Clínica San Rafael, circunstancia que comporta que parte de las razones o motivos que conllevaron a la accionante a impetrar la acción desaparecieron, por lo cual se habrá de decretar el hecho superado respecto a este procedimiento, lo cual no ocurrirá con la solicitud de entrega del medicamento requerido por la señora LUZ ALEIDA VARGAS SUAREZ, por cuanto este no se autorizó en las cantidades referenciadas por su médico tratante, quien prescribió 90 tabletas de las cuales solo se autorizaron 30, es por ello que se habrá de conceder la presente acción de tutela por cuanto tal medicamento está incluido en el POS conforme lo disponen las Resoluciones 5521 de 2013 y 5926 de 2014 y fue ordenado por su médico tratante en la cantidad de 90 tabletas necesaria para cumplir con el tratamiento que requiere, y el cual es necesario para evitar el deterioro de la salud de la peticionaria, y para garantizarle una vida en condiciones dignas (fl. 80). Sumado a lo anterior CAPRECOM EPS pese a tener conocimiento del precario estado de salud de la accionante y de que el medicamento se requiere de manera urgente y oportuna, negó el acceso al mismo en las cantidades necesarias para cumplir con el tratamiento, con lo cual existen los fundamentos más que necesarios para conceder la tutela interpuesta ordenando en tal sentido a CAPRECOM E.P.S.-S. que en forma inmediata a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho deberá tomar las medidas necesarias y urgentes para proporcionar el medicamento TAMOXIFENO (CITRATO) 20 MG TABLETA, en la cantidad prescrita (90 tabletas).

Por otro lado no se accederá a la solicitud de atención domiciliaria toda vez que como lo refirió el Ministerio de Salud y Protección Social se necesitan unas condiciones adecuadas para acceder al servicio, aunado a que el médico tratante lo autorice circunstancias que no se configuran en el presente caso, dada la especialidad del procedimiento requerido, sin embargo en su lugar y por ser procedente se dispondrá que CAPRECOM E.P.S cubra los gastos del servicio de transporte de la vereda Rio de Piedras del municipio de Tuta lugar donde reside la accionante, al Hospital Universitario Clínica - San Rafael para la práctica de la radioterapia y de las que se llegaren a autorizar hacia el futuro por CAPRECOM E.P.S.S.

No habrá lugar a condena en costas en razón a la conducta de las partes.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juez Noveno Administrativo Oral de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. Amparar los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la seguridad social de la señora **LUZ ALEIDA VARGAS SUAREZ**, según lo expuesto en la parte motiva de las diligencias.

SEGUNDO. ORDENAR a CAPRECOM E.P.S.-S, para que de forma inmediata tome las medidas necesarias y urgentes para suministrar a la señora LUZ ALEIDA VARGAS SUAREZ, identificada con C.C. No 40.028.101, el medicamento TAMOXIFENO (CITRATO) 20 MG tableta, en la cantidad necesaria para cumplir con el tratamiento establecido por su médico tratante (90 tabletas) y el cubrimiento de los gastos de transporte de la vereda Rio de Piedras del municipio de Tuta (Boyacá) lugar de residencia de la accionante al Hospital Universitario - Clínica San Rafael donde se dispuso por parte de la E.P.S. la práctica de la radioterapia requerida, así como las que se llegaren a autorizar hacia el futuro.

TERCERO. Notificar a las partes el presente proveído por el medio más eficaz, de conformidad lo establece el art. 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO. Sin costas

QUINTO. Si este fallo no fuere impugnado, envíese junto con el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme lo consagra el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese a los interesados conforme al procedimiento previsto en el art. 30 del Decreto 2591 de 1991, y cúmplase.



FERNANDO ARIAS GARCIA
Juez

Sentencia acción de tutela No. 2015-0143