



JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, Veintiséis (26) de agosto de dos mil quince (2015)

REF: ACCION DE TUTELA

ACCIONANTE: DEFENSORIA DEL PUEBLO - REGIONAL BOYACÁ / LUCINDA RIVERA ALVAREZ EN REPRESENTACION DE SU SEÑORA MADRE MARIA LAUREANA ALVAREZ DE RIVERA.

DEMANDADO: CAPRECOM E.P.S. – S

RADICACION: 2015-0149

I. LA ACCION

Se pronuncia el Despacho acerca de la acción de tutela formulada por la ciudadana LUCINDA RIVERA ALVAREZ en representación de su señora madre MARIA LAUREANA ALVAREZ DE RIVERA contra CAPRECOM E.P.S., por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas.

II. ANTECEDENTES

1. Peticiones

Solicita la accionante, se tutelen los derechos fundamentales invocados, y en consecuencia de manera urgente e inmediata se ordene a la E.P.S. CAPRECOM que autorice, garantice, y haga efectiva a favor de la paciente MARIA LAUREANA ALVAREZ RIVERA, la práctica de los siguientes exámenes:

- a. Estudio de coloración básica en espécimen con resección de márgenes
- b. Estudio de coloración inmunohistoquímica en biopsia
- c. Xeromamografía o mamografía bilateral
- d. Gammagrafía ósea
- e. Ventriculografía nuclear
- f. Ultrasonografía diagnostica de mama
- g. Ultrasonografía de abdomen total
- h. Radiografía de tórax

Así como el control ordenado para junta disciplinaria, revisión de placas y tratamiento a seguir, todo en el Instituto Nacional de Cancerología o en otra institución de IV nivel que garantice y preste la totalidad de los servicios médicos que puedan determinar el tratamiento a seguir.

Igualmente solicita las autorizaciones y suministros de los demás tratamientos, medicamentos, insumos, elementos, cirugías, terapias, controles, exámenes y demás

que requiera la paciente en cantidad y periodicidad que disponga el médico tratante conforme a su diagnóstico para la recuperación de su salud.

2. Fundamentos de la Tutela.

Manifiesta la accionante que su señora madre, MARIA LAUREANA ALVAREZ RIVERA, fue diagnosticada por su médico tratante con CANCER DE MAMA DERECHO, desde hace aproximadamente dos meses, siendo remitida por el HOSPITAL REGIONAL DE DUITAMA al INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA, y fue allí que para determinar el tratamiento a seguir le fueron ordenados los siguientes exámenes: Estudio de coloración básica en espécimen con resección de márgenes, estudio de coloración inmunohistoquímica en biopsia, xeromamografía o mamografía bilateral, gammagrafía ósea, ventriculografía nuclear, ultrasonografía diagnóstica de mama, ultrasonografía de abdomen total, radiografía de tórax, control ordenado para junta multidisciplinaria y revisión de placas.

Señala la accionante que la EPS CAPRECOM de Tunja, no autorizó las ordenes para dichos exámenes por cuando no existía contrato con el INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA, aduciendo que le autorizaban solo los exámenes de ultrasonografía de abdomen total, radiografía de tórax, xeromamografía o mamografía bilateral, para que le fueran practicados en el HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, los cuales no se le practicaron por encontrarse averiados los equipos.

Indica la accionante que la recomendación que recibieron sobre la realización de los exámenes era que todos fueran practicados por la misma entidad y en un mismo momento, y preferiblemente por el mismo INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA, de lo contrario se tendrían que realizar nuevamente antes de iniciar el respectivo tratamiento.

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. CAPRECOM en la autorización y práctica de los exámenes requeridos por la paciente, quien es una persona de escasos recursos económicos por ello se encuentra afiliada al régimen subsidiado, lo que la imposibilita asumir los costos que demandan su estado de salud, sumado a ello presenta un dolor permanente en su seno derecho y brazo derecho lugar donde tiene la masa que le fue descubierta y que día a día el dolor es más fuerte y su estado de salud tanto físico como emocional se deteriora a pasos agigantados.

3. Derechos fundamentales violados.

Refiere la tutelante que se le están vulnerado sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas, por cuanto según lo preceptuado en el artículo 13 de la Constitución Política: "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozaran de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real u efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados". Además en razón a los artículos 49 y 11 de la Constitución Política, sobre el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas, ya que es deber y obligación del Estado dar las herramientas y garantizar al acceso a este servicio público, derecho que al ser

negado pone en riesgo la salud y vida y demás derechos de la paciente, pues es obligación de las entidades de salud, que en su condición de ser humano, se le garantice el acceso a los servicios de salud, máxime que se trata de una paciente de la tercera edad.

Así mismo refiere como fundamento, entre otros la sentencia T - 851 de 1999, en la cual se precisa que *“la protección a la salud debe brindarse de una manera integral. Tal cubrimiento integral se ve reforzado por el especial trato constitucional en el caso de los disminuidos físicos o mentales, como el ahora accionante”*.

III. TRÁMITE PROCESAL.

La solicitud de amparo constitucional fue presentada el 18 de agosto de 2015 ante la Oficina Judicial de Tunja (fl. 25), repartida el día 19 de agosto de 2015 (fl.25) y pasada al Despacho en la misma fecha (fl.26).

Mediante auto proferido el 19 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 1° del Decreto 1382 de 2000, se resolvió admitir la solicitud de tutela de la referencia y decretar algunas pruebas (fls. 27 a 30), con auto de la misma fecha se ordenó una medida provisional (fls. 31 a 35), que consistió en **“ORDENAR** a CAPRECOM E.P.S., para que, de manera inmediata, tramite y autorice la práctica en una Institución de IV nivel de los exámenes de: Estudio de coloración básica en espécimen con resección de márgenes, estudio de coloración inmunohistoquímica en biopsia, xeromamografía o mamografía bilateral, gammagrafía ósea, ventriculografía nuclear, ultrasonografía diagnóstica de mama, ultrasonografía de abdomen total, radiografía de tórax a la señora MARIA LAUREANA ALVAREZ DE RIVERA, identificada con C.C. No. 23.429.340, las cuales fueran ordenados por su médico tratante el día 14 de julio de 2015.

1. Contestación

1.1. CAPRECOM E.P.S. - S (fls. 59 a 60)

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, sin embargo el día viernes 21 de agosto el nivel central celebró contrato con el Instituto Nacional de Cancerología por lo que procederán a expedir las autorizaciones para dicha IPS esperando que para cuando le sea asignada la cita aún exista contrato ya que la asignación de las mismas no dependen de CAPRECOM sino del Instituto Nacional de Cancerología de acuerdo a su disponibilidad.

Solicita en tal sentido se determine que CAPRECOM E.P.S.- S TERRITORIAL – BOYACA 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.

1.2. Departamento de Boyacá – Secretaría de Salud

Dentro del término legal conferido para tal fin, el Departamento de Boyacá guardó silencio.

2. Pruebas

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

- Copia de la C.C. de la señora MARIA LAUREANA ALVAREZ DE RIVERA (FL. 8)
- Copia del carnet de afiliación a la EPS CAPRECOM en el régimen subsidiado de salud de la señora MARIA LAUREANA ALVAREZ DE RIVERA (fl. 9)
- Copia de la Historia Clínica (fls. 10 y 11).
- Copia de las órdenes para exámenes (fls. 12 a 22).
- Copia de las autorizaciones dadas por EPS CAPRECOM para algunos exámenes en el HOSPITAL SAN RAFAEL TUNJA a la señora MARIA LAUREANA ALVAREZ DE RIVERA (fls. 23 y 24).
- Copia de la pagina del puntaje de la señora MARIA LAUREANA ALVAREZ DE RIVERA del SISBEN (fls. 36).

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde al Despacho establecer la presunta vulneración del derecho a la salud en conexidad con el derecho a la salud, a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas de la ciudadana **MARIA LAUREANA ALVAREZ DE RIVERA**, 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 la autorización de los exámenes que requiere para determinar el tratamiento a seguir.

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)*

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

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).

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.

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.

³ Magistrado Ponente: GABRIEL EDUARDO 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.

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....”

Ahora, con relación a los procedimientos de: Xeromamografía o mamografía bilateral, Gammagrafía ósea, Ultrasonografía diagnostica de mama, Ultrasonografía de abdomen, radiografía de toráx, se encuentran incluidos en el anexo 2 de la Resolución 5521 de 2013 en los siguientes términos:

“ (...) ”

2069	87.1.1	RADIOLOGIA GENERAL DE TORAX
2102	87.6.8.	XEROMAMOGRAFIA O MAMOGRAFÍA
2205	92.0.9	GAMAGRAFIA, ESTUDIOS ISOTOPICOS FUNCIONALES MORFOLOGICOS DEL SISTEMA OSTEOARTICULAR
2127	88.1.2	ULTRASONOGRAFIA DIAGNOSTICA (ECOGRAFIAS) DEL TORAX Y ORGANOS TORACICOS
2128	88.1.3	ULTRASONOGRAFIA DIAGNOSTICA (ECOGRAFIAS) DE ABDOMEN, ORGANOS, PELVIS Y ORGANOS O ESTRUCTURAS CONEXAS.
2188	89.8.1	PROCEDIMIENTOS (ESTUDIOS) ANATOMOPATOLOGICOS, EN

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

		BIOPSIA ESTAN CUBIERTOS TODOS LOS PROCEDIMIENTOS DE LA CATEGORIA (89.8.1), SALVO ESTUDIO MOLECULAR EN BIOPSIA, ESTUDIO DE CITOGENETICA EN BIOPSIA Y ESTUDIO DE ONCOGENES EN BIOPSIA
2200	92.0.4	GAMAGRAFIA, ESTUDIOS ISOTOPICOS FUNCIONALES Y MORFOLOGICOS DEL SISTEMA CARDIOVASCULAR ESTAN CUBIERTOS TODOS LOS PROCEDIMIENTOS DE LA CATEGORIA (92.0.4), SALVO GAMAGRAFIA DE VIABILIDAD MIOCARDICA CON TALIO O MARCADORES DE TC.

(...) “

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 ruinosa, 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 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

⁹ Sentencia T-970 de 2008

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).

concedido el amparo de tutela en casos similares, una vez verificadas las condiciones aquí señaladas.¹⁵

3. Del suministro de elementos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud

La Resolución No 5521 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social, en su anexo 2 establece:

(...)

2189	89.8.2	PROCEDIMIENTOS (ESTUDIOS) ANATOMOPATOLOGICOS EN ESPÉCIMEN
		<i>Nota: están cubiertos todos los procedimientos de la categoría (89.8.2), salvo: Estudio de biología molecular en espécimen de reconocimiento, Estudio de biología molecular en espécimen con múltiple muestreo, Estudio de biología molecular en espécimen con resección de márgenes, estudio de coloración inmufluorescencia en espécimen con mapeo y estudio de microscopia electrónica en espécimen con mapeo.</i>

(...)

Sin embargo como se observa con relación al estudio de biología molecular en espécimen con resección de márgenes el mismo se encuentra excluido del POS.

En tal sentido, el caso concreto debe ser resuelto según las subreglas que ha establecido la Corte Constitucional para el caso de la procedencia de la acción de Tutela frente a la negativa a suministrar medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud¹⁶: *“En el caso en que se niega a una persona un determinado tratamiento o implemento médico, o un medicamento específico por no encontrarse incluido en el Plan Obligatorio de Salud, (POS) la Corte ha ido considerando que la acción de tutela solo podrá proceder si se reúnen las siguientes condiciones:*

- a) Que la falta de medicamento, implemento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos fundamentales a la vida, a la integridad o a la dignidad del interesado;*

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 exigirla 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 redundo 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 En tal sentido pueden verse las sentencias T-880 de 2004 y T-1213 de 2004.

- b) *Que no exista un medicamento o tratamiento sustituto a que, existiendo este, no obtenga el mismo nivel de efectividad para proteger los derechos fundamentales comprometidos;*
- c) *Que el paciente se encuentre en incapacidad real de sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido;*
- d) *Que el paciente se encuentre imposibilitado para acceder al tratamiento, implemento o medicamento a través de cualquier otro sistema o plan de salud;*
- e) *Que el medicamento o tratamiento hubiere sido prescrito por un médico adscrito a la empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.*

Excepcionalmente la Tutela puede ser concedida, si la prescripción la hizo un médico particular, cuando debido a los procedimientos administrativos de la ARS o EPS se vulnero el derecho al diagnóstico y el usuario tuvo que acudir a un médico externo”¹⁷.

A continuación el Despacho verificará la existencia de cada uno de los ítems señalados por parte de la Corte Constitucional con el fin de establecer si en el caso concreto se reúnen todos los requisitos y condiciones que hagan eventualmente procedente la acción de tutela frente a los derechos fundamentales que se aducen vulnerados.

- a) Que la falta de medicamento, implemento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace lo derechos fundamentales a la vida, a la integridad o a la dignidad del interesado;**

Es de anotar que efectivamente como se demuestra en el libelo, existe una amenaza real al derecho a la salud y la vida de la tutelante¹⁸.

La patología que padece la señora **MARIA LAUREANA ALVAREZ DE RIVERA** consistente en: **“tumor maligno de mama”**, hace que sea imperioso y necesario la práctica del ESTUDIO DE COLORACIÓN BASICA EN ESPECIMEN CON RESECCION DE MARGENES, procedimiento que fuera ordenado por el especialista en cáncer de seno Dr. LUIS GUZMAN (fl. 13). No permitiéndose hacer ningún tipo de conjeturas para establecer que efectivamente al no realizar tal procedimiento acarrearía graves perjuicios para la salud de la accionante, por el cuadro canceroso que presenta, lo cual se evidencia con la historia clínica en la que se refiere que: ... *“La paciente cursa con CA de mama derecho dx con bx incisional se considera necesario toma de exámenes de extensión toma de eco y mamografía y fracción de ventriculografía y junta bidisciplinaria y revisión de placas, diagnóstico por episodio tumor maligno de mama...”* (fls. 10 y 11).

- b) Que no exista un medicamento o tratamiento sustituto o que, existiendo este, no obtenga el mismo nivel de efectividad para proteger los derechos fundamentales comprometidos.**

A pesar de haberse oficiado al especialista en cáncer de seno Dr. LUIS GUZMAN, para que informara si existe otra valoración o manejo sustituto que pueda utilizarse en el caso de la Señora MARIA LAUREANA ALVAREZ DE RIVERA, identificada con la C.C. No 23.429.340, en caso afirmativo especificar si el sustituto tiene el mismo nivel de

¹⁷ BOTERO MARINO, Catalina. *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2006. p. 43-44

¹⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-753 de 2001; T-632 de 2002; T-492 de 2004 y T-1069 de 2004.

efectividad, requerimiento al cual no se le dio respuesta, por tal motivo, de conformidad como lo expone el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991¹⁹, al no rendirse el informe, se presume cierto el citado hecho.

c) Que el paciente se encuentre en incapacidad real de sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido;

Como se mencionó en la Sentencia T-662 de 2008, la Corte Constitucional ha entendido que la manifestación de no contar con la capacidad económica es una negación indefinida que no requiere ser probada y que, por tanto, invierte la carga de la prueba en el demandado, quien deberá, entonces, probar en contrario²⁰. De la misma forma, existe presunción de veracidad (artículo 20 del Decreto 2591 de 1991) frente a la afirmación contenida en el hecho cuarto (fol. 2) de la tutela sobre la ausencia de capacidad económica de la tutelante para poder sufragar los gastos que demandan su estado de salud.

La Corte Constitucional ha manifestado en diversas oportunidades²¹ que si el accionante persiste en la afirmación de falta de recursos económicos (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo, en ese caso, a la entidad demandada demostrar lo contrario.

De otra parte, en materia de incapacidad económica esta Corporación ha establecido que: (i) no existe una tarifa legal para su prueba, pues, ya que puede verificarse a través de cualquier medio probatorio, incluyendo la presunción legal de la incapacidad, y (ii) se aplica la presunción de buena fe establecida en el artículo 83 de nuestra Carta Política.

Las reglas probatorias en materia de incapacidad económica son las siguientes:

“(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la

¹⁹ Artículo 20. Presunción de veracidad. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa.

²⁰ Ver sentencias T-783 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería; T-683 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

²¹ Ver Sentencia T-970/08 Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad”²².

Se concluye entonces, que cuando la persona afirma no tener recursos económicos, “la carga de la prueba se invierte, por tanto, es la E.P.S-S la que debe demostrar dicha incapacidad. ...”

Tal afirmación se ratifica, en la Sentencia T-355 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva que estableció:...

... “4. Reglas probatorias para establecer la capacidad económica, cuando se solicita la prestación de servicio no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud (POS). Reiteración jurisprudencial.

En el evento en que el peticionario asegure que no tiene los medios para acceder a la prestación del servicio de salud, debe presumirse la buena fe y suponer la veracidad de los datos que reporta quien solicita la prestación²³, respecto a su situación económica²⁴.

Sin embargo, se trata de una presunción que puede ser desvirtuada y por lo tanto puede ser objeto de debate, con información que sea aportada dentro del proceso. En este sentido, corresponde a la EPS, y no al accionante probar la situación financiera a la que se hace referencia, de lo que se colige que la carga probatoria se encuentra en cabeza de la EPS⁶, toda vez que ésta cuenta con información⁷ acerca de la condición económica del persona, lo que le permite fácilmente inferir si la persona puede o no cubrir el costo de la prestación solicitada.

En este orden de ideas, el peticionario no tiene necesidad de acudir a la acción de tutela para probar su incapacidad económica. Ahora bien si se presenta acción de tutela, porque el accionado niega la prestación del servicio, con base en información que posee y que le permite inferir que el usuario tiene capacidad económica para sufragar el servicio que está solicitando, debe aportar dicha información al juez de tutela, para que obre como prueba contra el peticionario, dentro del proceso. ...”
(subraya fuera del texto)

Así las cosas y sumado al hecho de pertenecer la señora MARIA LAUREANA ALVAREZ DE RIVERA al régimen subsidiado²⁵ de salud en el SISBEN, según constancias vistas a folios 9 y 36, es una circunstancia que permite deducir que se trata de una persona de escasos recursos económicos, situación que no fuera desvirtuada por CAPRECOM E.P.S.-S.

²² Sentencia T- 683 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

²³ Corte Constitucional, sentencia T-744 de 2004 M.P Manuel José Cepeda Espinosa. Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-984 de 2004 M.P Humberto Antonio Sierra Porto, T-236A de 2005 M.P Rodrigo Escobar Gil, T-805 de 2005 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra y T-888 de 2006 M.P Jaime Araujo Rentería.

²⁴ Sentencias: T-1019 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra), T-906 de 2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), T-861 de 2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), T-699 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra), T-447 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra), T-279 de 2002 (MP: Eduardo Montealegre Lynett), T-113 de 2002 (MP: Jaime Araujo Rentería).

²⁵ Ley 100 de 1993. Artículo 157 Numeral 2. Los afiliados al sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el artículo 211 de la presente ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Será subsidiada en el sistema general de seguridad social en salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana.

d) Que el paciente se encuentre imposibilitado para acceder al tratamiento, implemento o medicamento a través de cualquier otro sistema o plan de salud;

Quedó demostrado en el expediente que la paciente se encuentra afiliada a la EPS CAPRECOM, en el régimen subsidiado, manifestación que fuera confirmada por la E.P.S.S. (fl. 59)

e) Que el medicamento o tratamiento hubiere sido prescrito por un médico adscrito a la empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.

Como se advierte de la Historia Clínica y de las órdenes de servicios (fls.10 a 22) fueron suscritas por el Dr. LUIS GUZMAN, médico con especialidad en cirugía de seno, adscrito al Instituto Nacional de Cancerología, entidad con la cual CAPRECOM E.P.S.-S. y según su escrito de contestación a la presente acción existe convenio. Por lo tanto este requisito se encuentra igualmente superado.

4. De las circunstancias administrativas que vulneran el derecho a la salud.

El momento en el que un médico tratante determina si se requiere un procedimiento o un medicamento es el punto de partida para la prestación efectiva y oportuna de los servicios de salud, de suerte tal que cualquier dilación injustificada, que traslade al paciente el cumplimiento de un deber legal, lleva a que la salud del interesado se deteriore, lo que se traduce en una violación autónoma del derecho a la salud.

Aunado a lo anterior, también son trabas injustificadas aquellas que sin ser una exigencia directa al usuario sobre un procedimiento a surtir, terminan por afectar su derecho fundamental a la salud, en cualquiera de sus facetas. En cumplimiento de las funciones que les asigna el Sistema a las entidades que lo integran, se pueden presentar fallas u obstáculos en relación a circunstancias administrativas o financieras, de índole interinstitucional. Es frecuente por ejemplo, que una institución prestadora de los servicios de salud niegue la práctica de un examen diagnóstico, o la valoración por un especialista, o el suministro de un medicamento o insumo, aduciendo que la EPS a la cual se encuentra afiliado el usuario no tiene convenio vigente para la atención, o no ha pagado la contraprestación económica, o se adeudan cuentas de cobro. Cuando la carga por estos inconvenientes se traslada al usuario, se vulnera su derecho fundamental a la salud²⁶.

Sin duda alguna la imposición de barreras administrativas y burocráticas, que impiden la prestación, pronta, adecuada y efectiva del servicio de salud tiene consecuencias perjudiciales en la salud de las personas, y en la medida en que las condiciones del paciente empeoren, necesitará una mejor atención o la prestación de servicios de mayor complejidad, lo que implicará una erogación económica mayor a la inicialmente requerida de haberse prestado el servicio de manera oportuna y con calidad²⁷.

4. De la Competencia de los Departamentos en la prestación del servicio de Salud

²⁶ Sentencia T-384 de 2013, Referencia: expediente T-3767223, Acción de tutela presentada por Luis Orlando Castellanos, contra CAPRECOM EPS-S, M.P. MARIA VICTORIA CALLE CORREA.

²⁷ Sentencia T - 188 de 2013.

En relación con las competencias de los Departamentos en el sector salud, la Ley 715 de 2001, enseña en su artículo 43 lo siguiente:

“ARTÍCULO 43. COMPETENCIAS DE LOS DEPARTAMENTOS EN SALUD. Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones:

(...)

43.2. De prestación de servicios de salud

43.2.1. Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas.

43.2.2. Financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y los servicios de salud mental.

43.2.3. Adoptar, difundir, implantar, ejecutar y evaluar la Política de Prestación de Servicios de Salud, formulada por la Nación.

43.2.4. Organizar, dirigir, coordinar y administrar la red de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud públicas en el departamento.

43.2.5. Concurrir en la financiación de las inversiones necesarias para la organización funcional y administrativa de la red de instituciones prestadoras de servicios de salud a su cargo.

43.2.6. Efectuar en su jurisdicción el registro de los prestadores públicos y privados de servicios de salud, recibir la declaración de requisitos esenciales para la prestación de los servicios y adelantar la vigilancia y el control correspondiente. (...)" (destaca el juzgado)

A su turno, el artículo 29 de la Ley 1438 de 2011, señala:

ARTÍCULO 29. ADMINISTRACIÓN DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO. Los entes territoriales administrarán el Régimen Subsidiado mediante el seguimiento y control del aseguramiento de los afiliados dentro de su jurisdicción, garantizando el acceso oportuno y de calidad al Plan de Beneficios (...)

De acuerdo con lo anterior, los Departamentos tienen esencialmente funciones de dirección, administración y coordinación del sistema de salud en el régimen subsidiado dentro de su territorio con el propósito de garantizar el acceso a la población de menores recursos y la calidad del plan de beneficios. Estas obligaciones, llegan incluso a vincularles con el deber de gestionar la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con los subsidios a la demanda, para lo cual puede invertir recursos propios según lo autoriza la Ley 715 de 2001.

Nótese en consecuencia, que la Secretaría de Salud del Departamento de Boyacá no tiene el deber legal de prestar directamente servicios de salud, suministrar medicamentos o realizar exámenes o procedimientos a la accionante, dado que sus funciones se concretan como se advirtió, en la dirección y administración del sistema.

Sin embargo y aunque resulta evidente que es la EPS del régimen subsidiado a la que se encuentra afiliada la paciente quien debe prestar el servicio que requiere (insumo), la responsabilidad que pueda caber por su costo, si corresponde al ente territorial. Al respecto la jurisprudencia constitucional enseña²⁸:

“Se advierte que los reembolsos al Fosyga únicamente operan frente a los servicios médicos ordenados por jueces de tutela o autorizados por el CTC en el régimen contributivo. En estos mismos casos, cuando el usuario pertenece al régimen subsidiado, la Ley 715 de 2001 prevé que los entes territoriales asuman su costo por tratarse de servicios médicos *no cubiertos con los subsidios a la demanda*”

Así las cosas, dado que la Secretaría de Salud de Boyacá no es responsable directa por la atención en salud de la señora MARIA LAUREANA ALVAREZ DE RIVERA, no es posible achacarle la violación de sus derechos fundamentales, sin embargo, es claro que no está exenta de obligaciones asistenciales y de vigilancia, al punto que debe garantizar que la CAPRECOM EPS-S brinde una atención adecuada a la afiliada, que eventualmente la comprometerá con la asunción por los costos de los servicios que requiere respecto al procedimiento de Estudio de coloración básica en espécimen con resección de márgenes, en tanto no está incluido en el plan de salud a través del recobró que se autorizará a la EPS-S.

5. Del caso concreto

En el caso concreto y dado que la mayoría de los procedimientos se encuentran incluidos en el POS conforme lo dispone la Resolución 5521 de 2013 en su anexo 2, y los mismos fueran ordenados por su médico tratante adscrito al Instituto Nacional de Cancerología (fls. 12 a 22) entidad con la cual CAPRECOM E.P.S. tiene convenio, así mismo porque los procedimientos solicitados como quedo visto son necesarios para evitar el deterioro de la salud de la peticionaria, y para establecer el procedimiento a seguir según el diagnóstico de la enfermedad que padece, sumado a lo anterior CAPRECOM EPS pese a tener conocimiento del precario estado de salud de la accionante y de los procedimiento que requiere de manera urgente y oportuna, negó el acceso a los mismos y no obstante de haber manifestado que procederían a expedir la autorizaciones para dicha I.P.S., a la fecha no obra prueba en el expediente de que haya emitido las citadas autorizaciones.

²⁸ Sentencia T-760 de 2008

Sumado a lo anterior y dado que se reúnen los requisitos exigidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para acceder al procedimiento no incluido en el POS, 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 practicarle los procedimientos requeridos por la accionante: (Estudio de coloración básica en espécimen con resección de márgenes; Estudio de coloración inmunohistoquímica en biopsia; Xeromamografía o mamografía bilateral; Gammagrafía ósea; Ventriculografía nuclear; Ultrasonografía diagnóstica de mama; Ultrasonografía de abdomen total y Radiografía de tórax, además de los controles y el suministro de los tratamientos, medicamentos, insumos, elementos, cirugías, terapias, controles y demás que requiera la paciente en cantidad y periodicidad que disponga el médico tratante conforme a su diagnóstico para la recuperación de su salud.

Por existir en el presente caso un procedimiento excluido del Plan Obligatorio de Salud, la EPS CAPRECOM podrá reclamar al Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA- aquellos valores que legalmente no está obligada a sufragar.

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 a la salud, a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas de la señora **MARIA LAUREANA ALVAREZ DE RIVERA**, según lo expuesto en la parte motiva de las diligencias.

SEGUNDO. ORDENAR a CAPRECOM E.P.S., para que en forma inmediata autorice, si aún no lo ha hecho la práctica de los siguientes exámenes: Estudio de coloración básica en espécimen con resección de márgenes, estudio de coloración inmunohistoquímica en biopsia, xeromamografía o mamografía bilateral, gammagrafía ósea, ventriculografía nuclear, ultrasonografía diagnóstica de mama, ultrasonografía de abdomen total, radiografía de tórax, además de los controles y el suministro de los tratamientos, medicamentos, insumos, elementos, cirugías, terapias, controles y demás que requiera la paciente en cantidad y periodicidad que disponga el médico tratante conforme a su diagnóstico para la recuperación de su salud.

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. 2014-0149