

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA Y CINCO CIVIL MUNICIPAL
BOGOTÁ D.C.**



Bogotá DC., veintiuno (21) de abril de dos mil veintiuno (2.021).

Acción de Tutela No. 11001 40 03 035 2021 00341 00

Por ser procedente se admite la acción de tutela presentada por **MARÍA ZORAIDA MAYA DE RESTREPO** contra **CAPITAL SALUD EPS-S**.

En consecuencia se ordena:

1. Oficiar a la entidad accionada para que dentro del término de un (1) día contado a partir de la notificación del presente auto, se pronuncie respecto de los fundamentos de la demanda de tutela en su contra. A la respuesta deberá adjuntar la documentación pertinente. Adviértasele que ante la falta de respuesta oportuna se dictará sentencia de plano con base en los hechos de la demanda.

2. Así mismo, se ordena la vinculación de la SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD y el INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA, para que dentro del mismo término se pronuncien respecto de los hechos alegados en el escrito de tutela y ejerzan su derecho de defensa.

3. De igual forma, se ordena la vinculación de la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, para que dentro del mismo término se pronuncien respecto de los hechos alegados en el escrito de tutela, **ejerza su derecho de defensa e indique que acciones ha adelantado contra la EPS-S CAPITAL SALUD, por las dilaciones en la prestación de los servicios de salud requeridos.**

4. Notifíquese a las partes del contenido de la presente providencia por el medio más expedito, anexando copia de la demanda.

Cúmplase,

**DEISY ELISABETH ZAMORA HURTADO
JUEZA**

Bjf

Firmado Por:

DEISY ELIZABETH ZAMORA HURTADO
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 035 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **580bd7dc1108bdef7025ce9c461ab94908887374df132ee694e7d99371662c0e**

Documento generado en 21/04/2021 06:37:06 PM

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA Y CINCO CIVIL MUNICIPAL
BOGOTÁ D.C.**



Bogotá D.C., cuatro (4) de mayo de dos mil veintiuno (2.021).

CLASE DE PROCESO	: ACCIÓN DE TUTELA
DEMANDANTE	: MARÍA ZORAIDA MAYA DE RESTREPO
DEMANDADO	: CAPITAL SALUD EPS-S.
RADICACIÓN	: 2021 - 0341.

En ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, procede el Despacho a dictar sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, como quiera que el trámite propio de la instancia se encuentra agotado, sin la presencia de causal que invalide lo actuado.

I. ANTECEDENTES

El señor MARÍA ZORAIDA MAYA DE RESTREPO en ejercicio del art. 86 de la C. P., presentó acción de tutela contra CAPITAL SALUD EPS-S, pretendiendo que se le amparen sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, los cuales afirma están siendo vulnerados por la entidad accionada con base en los siguientes supuestos facticos:

1.1.- Esgrime haber sido diagnosticada con cáncer de mama metastásico en varias partes de su cuerpo, razón por la cual le formularon tratamiento médico consistente en quimioterapias y otros medicamentos.

1.2.- Alude que el médico tratante le informó que era un tratamiento costoso, por lo que la EPS debía convocar a una junta médica que autorizara el mismo, el cual fue autorizado en el mes de septiembre de 2020, oportunidad en la que se le realizó quimioterapia sin ningún inconveniente.

1.3.- Sin embargo, para el mes de noviembre de 2020 no se le autorizó la quimioterapia requerida, por lo que tuvo que interponer queja ante la Superintendencia Nacional de Salud, lo que considera conlleva a que le autorizaran dicho procedimiento, sin embargo, la misma situación se ha presentado mes a mes, teniendo que acudir constantemente a formular quejas ante dicha Superintendencia, dilatando de esta forma su tratamiento, lo que comporta una transgresión de sus derechos fundamentales, por lo que solicita se ordene por vía de tutela se le suministre el tratamiento , procedimiento y medicamentos que requiera en forma oportuna.

II. TRASLADOS Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Una vez admitida la acción de tutela mediante auto de fecha 21, se ordenó la notificación de la entidad accionada, a efectos de que ejerza su derecho de defensa sobre los hechos alegados.

2.1.- SANITAS EPS:

Frente a los hechos fundamento de la presente acción, indica la entidad accionada lo siguiente:

2.1.1.- Que de acuerdo con el reporte histórico del paciente el 09 de abril de 2021, se dispuso el medicamento prescrito por el médico tratante, y que según comunicación telefónica, se confirmó la recepción del precitado insumo.

2.1.2.- Teniendo en cuenta lo anterior, no es procedente que se conceda la acción de tutela, de manera que Capital Salud EPS gestione el suministro del medicamento requerido en tanto se evidencia que no hay motivos que lleven a inferir que la EPS, haya negado o pretenda negar deliberadamente el acceso a los servicios de salud de la afiliada.

2.1.3.- Esgrime no haber incurrido en incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada ni negligencia en la prestación del servicio, puesto que no existe orden médica del insumo que deprecia.

2.2.- SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD.

Por su parte la entidad vinculada adujo lo siguiente:

2.2.1.- Esgrime que como primera medida se deben revisar las órdenes médicas emitidas, para verificar si cumple o no para que se puedan despachar favorablemente las pretensiones, el operador jurídico no puede entrar a suplir el criterio del profesional de la salud, ya que eso iría en contra de la normatividad vigente y de la calidad de vida del paciente.

2.2.2.- Que una vez se verifique los requerimientos de la accionante son POS, la EPS-S CAPITAL SALUD, debe adelantar de manera prioritaria el trámite de la prestación de los servicios solicitados, y justificado lo anterior bajo criterios de oportunidad y calidad de conformidad a lo estipulado en el decreto 019 de 2012 expedido por el Presidente de la República.

2.2.3.- Finalmente alude que en el presente caso existe una falta de legitimación por pasiva, como quiera que el accionante alude una falta de diligencia de la EPS accionada.

III. CONSIDERACIONES

3.1. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA:

3.1.1.- El artículo 86 de la Constitución Política prevé que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

3.1.2.- La tutela tiene como dos de sus caracteres distintivos esenciales la subsidiariedad y la inmediatez; el primero por cuanto tan solo resulta procedente instaurar la acción cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable; el segundo puesto que no se trata de un proceso sino de un remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad, concreta y actual del derecho sujeto a violación o amenaza.

3.2. DEL CASO EN CONCRETO.

3.2.1.- Según los supuestos fácticos que soportan esta acción, la promotora del amparo solicita la protección sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, los cuales afirma están siendo vulnerados por la entidad al dilatar la autorización de las quimioterapias y medicamentos que requiere para el tratamiento del cáncer de mama que le fue diagnosticado.

3.2.2.- Dicho esto, se tiene que tal y como lo ha expresado la Corte Constitucional resulta factible concluir que la protección al derecho a la salud es de carácter fundamental y autónomo, el que a su vez se encuentra previsto en el artículo 49 de nuestra Constitución Política por lo que procede su estudio por vía de tutela para su resguardo.

3.2.3.- Adicionalmente, ha de destacarse que la categorización de la salud como derecho fundamental autónomo se encuentra consagrada por en la Ley 1751 de 2015, que si bien los desarrollos de la jurisprudencia constitucional en torno a la naturaleza y alcance de éste derecho, han sido su principal sustento jurídico¹ y sirven para establecer normativamente la obligación del Estado de adoptar todas las medidas necesarias para brindar a las personas acceso integral al servicio de salud, ha de reiterarse que de encontrarse de alguna manera amenazado, puede ser protegido por vía de acción de tutela².

3.2.4.- Ahora bien, en revisión del caso objeto de estudio advierte el Despacho que no se encuentra acreditado que a la accionante le haya sido generada orden para la práctica de nuevas quimioterapias o la entrega del algún medicamento distinto del que le fue suministrado (PALBOCICLIB), lo que de cara a la naturaleza

¹ La exposición de motivos señala expresamente: "2. Fundamentos jurídicos. Esta ley tiene sustento en distintas disposiciones constitucionales, tales como: (...) la célebre sentencia de la Corte Constitucional T-760 de 2008 y la sentencia T-853 de 2003". Gaceta del Congreso de la República No. 116 de 2013, pp. 5 y 6.

² Corte Constitucional, sentencia T-062 de 2017, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

del fundamental derecho a la salud, conlleva resaltar que al juez de tutela le corresponde identificar su eventual afectación a partir de la verificación que requiera el extremo tutelante con necesidad de un medicamento, servicio, procedimiento o insumo³. En efecto, en la sentencia T-760 de 2008, se estableció que "en el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien requiere un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente"⁴. Esta perspectiva asegura que un experto médico, que conoce del caso del paciente, sea quien determine la forma de restablecimiento del derecho afectado, lo que excluye que sea el juez o un tercero, por sí y ante sí, quienes prescriban tratamientos cuya necesidad no se hubiese acreditado científicamente⁵.

3.2.5.- De cara a la documental obrante en el plenario, y las manifestaciones realizadas por la accionante, se torna en una situación que le impide al presente estrado judicial emitir orden alguna de cara lo pretendido, pues la viabilidad de otorgar algún insumo o quimioterapia adicional, escapa a la órbita y conocimiento del juez de tutela, sin la acreditación previa de una orden medica, puesto que la decisión de la acción constitucional debe supeditarse a dicho *concepto*, que para el presente caso se debe determinar de forma concreta el quebranto de salud, por lo que se hace necesario retomar una vez más lo que al respecto ha expresado la Corte Constitucional:

"(...) quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, prima facie, el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente."⁶

3.2. La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que éste (i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de

³ En este sentido ver, entre otras, sentencias T-383/15, T-1331/05, T-992/02, T-1462/00, SU-480/97.

⁴ Sentencia T-760/08.

⁵ Al respecto, la sentencia T-345/13 señaló: "Siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico. Por ello, al carecer del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos. Por lo tanto, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante, pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser remplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico" (subrayas fuera del texto original).

⁶ Este criterio ha sido ampliamente acogido y desarrollado por la jurisprudencia constitucional. Puede consultarse al respecto, entre otras, las sentencias T-271 de 1995 (MP Alejandro Martínez Caballero), SU-480 de 1997 (MP Alejandro Martínez Caballero) y SU-819 de 1999 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-414 de 2001 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-786 de 2001 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-344 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-410 de 2010 (MP María Victoria Calle Correa) y T-873 de 2011 (MP Mauricio González Cuervo)

*manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que pueden existir respecto de su condición de salud y (iii) es quién actúa en nombre de la entidad que presta el servicio.*⁷

*En consecuencia, es la persona que cuenta con la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un determinado servicio a partir de la valoración de los posibles riesgos y beneficios que este pueda generar y es quién se encuentra facultado para variar o cambiar la prescripción médica en un momento determinado de acuerdo con la evolución en la salud del paciente.*⁸(Subrayado fuera del texto original)

3.2.6.- En este sentido, al hacer un estudio de las pruebas aportadas y recaudadas en este trámite, se observa que no existen órdenes médicas que sustenten el elemento de *requerir con necesidad* un insumo adicional al entregado o a una nueva quimioterapia y por ello, falta lo fundamental para acreditar la vulneración del derecho a la salud. En efecto, aplicando al caso concreto las reglas jurisprudenciales depuradas anteriormente se encuentra que en este caso no puede hablarse de vulneración a la salud por falta de provisión de lo solicitado, sino de afectación del derecho de la accionante por cuanto no goza de una valoración actual y adecuada sobre sus necesidades en materia de salud, de cara al padecimiento que le fue diagnosticado.

3.2.7.- Así las cosas, y conforme lo determinado por la jurisprudencia que si bien el juez de tutela no es competente para ordenar el reconocimiento de servicios y tratamientos, como ocurre en este caso, no se puede desconocer que cuando existe una duda razonable sobre la necesidad del servicio solicitado, resulta viable que ante un indicio de afectación a la salud⁹, el Despacho se pronuncie ordenando a Capital Salud EPS-S que disponga lo necesario para que sus profesionales adscritos, con el conocimiento de la situación del paciente, emitan un diagnóstico en el que determinen las condiciones de la accionante, a fin de que sean

⁷ Ver al respecto la sentencia T-616 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentarías, donde la Corte señaló lo siguiente: "[E]l criterio al cual se debe remitir el juez de tutela en estos casos es la opinión del médico tratante, en cuanto se trata de una persona calificada profesionalmente (conocimiento científico médico), que atiende directamente al paciente (conocimiento específico del caso), en nombre de la entidad que le presta el servicio (competencia para actuar en nombre de la entidad). Esa es la fuente, de carácter técnico, a la que el juez de tutela debe remitirse para poder establecer qué medicamentos o qué procedimientos requiere una persona. El dictamen del médico tratante es necesario, pues si no se cuenta con él, no es posible que el juez de tutela, directamente, imparta la orden, así otros médicos lo hayan señalado, o estén dispuestos a hacerlo." Esta posición, ha sido fijada entre otros, en los fallos, T- 271/95 (MP Alejandro Martínez Caballero), SU- 480/1997 (MP: Alejandro Martínez Caballero) , SU-819 /1999 (MP Álvaro Tafur Galvis) , T-378/2000 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-749/2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-344/2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-007/2005 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-1080/2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-760/2008(MP Manuel José Cepeda Espinosa) y T-674/2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

⁸ Sentencia T-345/13 M.P. María Victoria Calle Correa

⁹ Ver sentencia T - 887/12. Sobre lo anterior, "[I]a Corporación [...] ha manifestado que a pesar que en el expediente no obre prueba de la prescripción médica, pero existe una duda razonable sobre la necesidad del servicio solicitado, la Corte [...] en aras de salvaguardar el derecho al diagnóstico, ha ordenado una valoración del paciente por parte del equipo médico de la entidad accionada" (Ver, entre otras, sentencias T - 887/12, T - 298/13, T - 904/2014, T - 940/14, T - 045/15, T - 132/16 y T - 020/17). También resulta importante recordar que la exigencia de un diagnóstico médico "impone un límite al juez constitucional, en tanto no puede ordenar el reconocimiento de un servicio sin la existencia previa de un concepto profesional, en el que se determine la pertinencia del tratamiento a seguir respecto de la situación de salud por la que atraviesa el enfermo, pues de hacerlo estaría invadiendo el ámbito de competencia de la *lex artis* que rige el ejercicio de la medicina" (sentencia T-036/17, recordando lo dicho en la sentencia T-904/14).

eventualmente autorizadas y practicadas una nueva quimioterapia, si es del caso, y es en tal sentido que se emitirá la decisión de instancia.

IV. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO TREINTA Y CINCO CIVIL MUNICIPAL de BOGOTÁ D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: Tutelar los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la señora MARÍA ZORAIDA MAYA DE RESTREPO por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de CAPITAL SALUD EPS-S y al secretario(a) de la SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD, y/o quienes hagan sus veces, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, contadas a partir de la notificación del presente fallo, le asignen y garanticen cita en la especialidad de oncología a la accionante, para que emitan un diagnóstico en el que determinen las condiciones de la misma, la necesidad de nuevas quimioterapias y la necesidad de las mismas.

TERCERO: ORDENAR la notificación de lo aquí resuelto a las partes por el medio más expedito y eficaz de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 16 del decreto 2591 de 1991.

CUARTO: En caso de no ser impugnada, por secretaría, remítase esta providencia a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, al tenor de lo dispuesto en el Inc. 2 del Art. 31 del Decreto 2591/91.

Notifíquese y cúmplase.

**DEISY ELISABETH ZAMORA HURTADO
JUEZA**

Bjf

Firmado Por:

DEISY ELIZABETH ZAMORA HURTADO
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 035 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **b35a7695f06c85c22b80001b3cb2eaff33a52fc249be28a3a84b9f8a0ad69713**

Documento generado en 04/05/2021 04:39:00 PM