

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ
Ibagué, dos (2) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Providencia: Sentencia Segunda Instancia.
Proceso: Acción de Tutela.
Radicación: 73001-40-03-002-2020-00448-01
Accionante: Guillermo Antonio Castellanos Duque
Accionado: Famisanar EPS.

Tema a Tratar: *Del Derecho a la Salud, derecho a la vida, una vida digna a la tercera edad y Dignidad humana: El Derecho a la Salud invocado, se encuentra consagrado en el artículo 49 de la Constitución, establece que la atención de la salud es un servicio público a cargo del estado y que en Colombia se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. El Derecho a la Seguridad Social, dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política de 1991, se le confiere el carácter de servicio público obligatorio y de derecho irrenunciable de todos los colombianos, correspondiendo al Estado su dirección, coordinación y control al igual que garantizar su efectiva realización y la ampliación de su cobertura.*

I. OBJETO DE DECISIÓN:

Procede el despacho a decidir la impugnación formulada por la accionada - **Famisanar EPS** - contra el fallo de tutela de fecha dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020), proferido por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Ibagué dentro de la acción de la referencia.

II. ANTECEDENTES:

Guillermo Antonio Castellanos Duque promovió la presente acción de tutela contra **Famisanar EPS** solicitando las siguientes:

III. PRETENSIONES:

Se ordene a la accionada **Famisanar EPS** para que entregue autorización de inmediato para iniciar su tratamiento hasta la culminación satisfactoria, sin ningún tipo de copago o cuota moderadora con el fin de que su tratamiento sea de forma integral.

Se ordene a las accionadas la prestación de un servicio INTEGRAL sin ninguna cuota moderadora, en el cual le sean autorizados, ordenados y practicados oportunamente cada uno de los exámenes, cirugías, medicamentos, terapias, quimioterapias, radioterapias, en caso de ser necesario que la entidad asuma los gastos y viáticos con un acompañante de los viajes a otra ciudad distinta a la de residencia, de ser necesario el traslado en ambulancia dentro y fuera de la ciudad y demás atenciones médicas consecuentes de la enfermedad diagnosticada.

IV. HECHOS:

Alega el tutelante - **Guillermo Antonio Castellanos Duque** - ser beneficiario del régimen contributivo de salud en Famisanar EPS. Indica ser paciente oncológico por oftalmología a través de Famisanar y tratado por el Instituto nacional de Cancerología INC, donde ha sido remitido por problemas de cáncer en los ojos.

Manifiesta que, en un control, con el especialista Dr. Fernando Rojas le fue descubierto inflamaciones severas en la parte superior e inferior de los maxilares, siendo remitido de carácter urgente o prioritario con el especialista y cirujano maxilofacial oncológico del INC, Dr. Juan Carlos Gineco quien al examinarlo le ordenó un tac (TOMOGRFÍA), la cual fue autorizada por Famisanar y tomada en la clínica Medicadiz Ibagué.

Expone que los resultados del tac mostraron una IZQUEMIA SEVERA acompañada por una pérdida importante de hueso en los maxilares superior e inferior por lo cual fue remitido al endodoncista de carácter urgente, motivo por el cual radicó la orden médica ante

FAMISANAR en el mes de junio del presente año, la cual fue autorizada y le enviaron una cita inicial a DENT'S, donde el endodoncista certificó un tratamiento de conducto para 6 piezas (dos coronas de tres piezas cada una), las cuales debían ser removidas para poder trabajar las piezas dentales en cuestión y al mismo tiempo elaborar unas prótesis temporales mientras se realizaba el tratamiento, y finalmente la elaboración y colocación de las prótesis o coronas fijas permanentes una vez finalizado el tratamiento.

Indica que en innumerables oportunidades durante la pandemia con 62 años y expuesto al contagio tuvo que hacer filas muy largas en la EPS y siempre le respondían con excusas, por lo que incluso tuvo que presentar tres derechos de petición, los cuales no fueron tomados en cuenta por el pos, mires, de contratación, etc. Por lo que hasta el momento no le ha sido realizado sino una consulta inicial de valoración en el mes de junio.

Menciona que posteriormente el día 17 de noviembre de los corrientes tuvo cita de control oftalmológico en el INC. Donde el especialista le manifestó que hay serias sospechas de un aumento del problema (la isquemia sigue creciendo muy rápido) provocando posiblemente una metástasis en cualquier momento. Anota también que el especialista maxilofacial oncológico del INC, ordenó cita de control una vez finalizado el tratamiento y este después de 6 meses no ha sido iniciado.

Afirma que, al momento, la inflamación de su cara y la parte inferior del ojo izquierdo (el más afectado) sigue en aumento acompañado de un dolor insoportable que no lo deja dormir, ni comer, deteriorando su autoestima y su ánimo.

V. TRÁMITE PROCESAL:

Correspondió por reparto al Juzgado Séptimo Civil Municipal de Ibagué el trámite de la presente acción, admitida, corriéndosele traslado a la parte accionada y decretando la medida

previa, para que se pronunciaran sobre los hechos vulnerantes alegados en su contra:

Famisanar EPS, en replica de la acción manifestó que en primer lugar indica lo siguiente: “(...) Me permito informar que el señor Guillermo Castellanos tiene Diagnostico de Tumor Maligno de Conjuntiva y según la resolución 3512 de 2019 en su Artículo 124 literal A. Alto Costo, se encuentra exonerado del cobro de copagos para las quimioterapias y Radioterapias en caso de ser requeridas para su tratamiento. (...)” Negrilla fuera del texto.

Por lo anterior, menciona que el paciente ha sido exonerado del cobro de copagos y cuotas moderadoras debido al diagnóstico Tumor Maligno de Conjuntiva y para los servicios descritos en la Resolución 3512 de 2019, razón por la cual nos encontramos frente a una carencia de objeto.

Ahora bien, menciona que no es posible exonerar al paciente por todas las patologías que presente, es decir hay algunas que no se encuentran dentro de las denominadas técnicamente como enfermedades catastróficas o de alto costo establecidas en la Resolución 3974 de 2009, Resolución 3512 de 2019, para ser beneficiario en virtud del artículo 7 del Acuerdo 000260 de 2004 por lo que la solicitud del accionante va en contra vía del derecho de igualdad de los demás usuarios.

De igual manera indica, que el cobro de los copagos tiene topes anuales por lo cual una vez el accionante llegue al tope máximo por año, NO debe realizar más el pago, esto de acuerdo a los eventos y servicios garantizados a favor, esto teniendo en cuenta que los copagos y las cuotas moderadoras se encuentran contemplados en virtud del principio de la solidaridad y tiene como única finalidad ayudar a financiar EL SGSSS. Frente a la petición del tratamiento integral, resalta que FAMISANAR EPS ha desplegado todas las acciones de gestión para la prestación de servicios en salud en favor del usuario, para garantizar su acceso a todos y cada uno de los servicios ordenados por su médico tratante.

Por lo anterior la accionada indica que para tal pretensión es necesario que se cumplan requisitos jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional, para la autorización de servicios por parte de la EPS que no estén con cargo a la UPC (Unidad de Pago por Capitación) y/o determinar servicios excluidos de la Resolución 3512 de 2019 y los no contemplados para ser financiados con el presupuesto máximo establecido en la Resolución 205 de 2020, servicios que no podrían ser verificados conforme a lo establecido en las normas que rigen el Sistema, al brindarse tratamiento integral en decisiones con un contenido indeterminado y a futuro lo que pondría en grave riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema de Salud y privando del Derecho Fundamental a la Vida e integridad Física de los demás afiliados al Sistema. No obstante, la accionada concluye que la petición no es procedente en cuanto se evidencia no estar configurados motivos que permitan inferir que la accionada ha vulnerado derechos fundamentales al actor, para lo cual señala normatividad vigente al respecto.

Bajo ese contexto, la accionada concluye la ausencia de vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno por parte de Famisanar EPS, por lo que las pretensiones del accionante no están llamadas a prosperar y así mismo solicita se declare la improcedencia dentro de la presente acción de tutela. Con base en lo mencionado anteriormente, la accionada Famisanar EPS solicita:

a. Solicita en primer lugar declarar IMPROCEDENTE la presente acción por inexistencia de violación o puesta en peligro de los derechos fundamentales de la accionante por parte de FAMISANAR EPS.

b. Denegar la acción de tutela instaurada por el actor, por cuanto la conducta desplegada por FAMISANAR EPS ha sido legítima y tendiente a asegurar el derecho a la salud, y la vida del usuario dentro de las obligaciones legales de la misma y además por no acreditarse la concurrencia de las exigencias previstas por la Corte Constitucional para inaplicar las normas que racionalizan la cobertura del servicio.

VI. FALLO DE PRIMER GRADO:

La instancia precedente, mediante providencia de fecha dieciocho (18) de Diciembre de Dos Mil Veinte (2020), concedió el amparo constitucional solicitado y, en consecuencia:

“...CONCEDER la pretensión del tratamiento integral con ocasión al cumplimiento de los requisitos exigidos para el mismo, esto frente a su patología TUMOR MALIGNO DE CONJUNTIVA. TERCERO: ORDENAR a FAMISANAREPS que, dentro de las CUARENTA Y OCHO HORAS (48) siguientes a la notificación de esta providencia, para que en lo sucesivo exonere al paciente GUILLERMO ANTONIO CASTELLANOS de copagos o cuotas moderadoras con ocasión a demás procedimientos o servicios médicos catalogados como de alto costo. CUARTO: ORDENAR a la accionada FAMISANAR EPS para que suministre los viáticos (alojamiento, alimentación y transportes) requeridos por la paciente, siempre que deba desplazarse a otra ciudad, a efecto de acceder al (los) servicio (s) que pudiere llegar a requerir según disposición del médico tratante, para el tratamiento de la enfermedad de TUMOR MALIGNO DE CONJUNTIVA. QUINTO: Facultar a FAMISANAREPS para que repita contra la Administradora de Recursos del Sistema de Seguridad Social de Salud -ADRES por la totalidad del costo de los servicios médicos y suministros no pertenecientes al PBS, de acuerdo a la presente acción de tutela...”.

VII. DE LA ALZADA:

Contra la anterior decisión se alzó en impugnación la parte accionada - **Famisanar EPS** -, quien indicó que a pesar que en respuesta a la acción de tutela, EPS FAMISANAR informó al estrado judicial los servicios de salud por los cuales se encontraba exonerado el paciente de acuerdo al diagnóstico TUMOR MALIGNO DE CONJUNTIVA, el juzgado no se pronuncia sobre el marco legal existe en la materia, así las cosa será claro que esta entidad no vulneró los derechos de la accionante, no obstante, el A quo resolvió amparar los Derechos Fundamentales invocados ordenando a esta Entidad el suministro indeterminado, ambiguo, sin certeza alguna a futuro de servicios bajo el concepto

de TRATAMIENTO INTEGRAL, pese a que Famisanar EPS no ha vulnerado Derecho Fundamental alguno del usuario.

Así mismo, la providencia objeto de recurso ordena la exoneración de copagos y cuotas moderadoras sin tener en cuenta el marco normativo y jurisprudencias sobre el particular, pues dentro de las probanzas no se probó la falta de recursos de la accionante y familiares, por el contrario el a quo ordena la exoneración de acuerdo a una interpretación errónea que da al Acuerdo 260 de 2004, la Resolución 5295 de 2018 y Resolución 3512 de 2019, esta última establece la exoneración de copagos y cuotas moderadoras exclusivamente para el manejo quirúrgico lo cual no se acompasa del caso objeto de estudio:

Evidénciese su señoría, que en ninguno de los hechos esgrimidos y mucho menos en las pruebas aportadas se establece siquiera sumariamente la falta de recursos del actor, no obstante, el estrado la presume y bajo dicho argumento ordena la exoneración de copagos y/o cuotas moderadoras, así mismo el servicio de transporte.

VIII. DE LA SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el trámite procesal, procede el despacho a desatar la alzada, para lo cual previamente se hacen las siguientes:

IX. CONSIDERACIONES:

1. De los Presupuestos Procesales de la Acción:

No se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, encontrándose acreditados los presupuestos de la acción, pues es este despacho competente para resolver la impugnación de la presente acción, y la misma cumple con los requisitos establecidos en el artículo 86 de la Constitución Nacional y los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problemas Jurídicos:

¿Se vulnera por parte de la accionada en el caso bajo estudio, los Derechos Fundamentales a la Salud, Seguridad Social y vida digna frente a la negativa de la autorización, prestación de los servicios y suministro de los medicamentos y elementos médicos requeridos por el paciente?

3. Desarrollo de la problemática planteada.

3.1. Del tema de la alzada:

En el presente asunto, se debe determinar la procedencia misma de la presente acción de tutela para reclamar la prestación de los servicios medico asistenciales excluidos del Plan de Beneficios en Salud solicitados.

3.2. Del Derecho a la Salud y Seguridad Social:

El **Derecho a la Salud** invocado, se encuentra consagrado en el artículo 49 de la Constitución, dentro del capítulo de los derechos económicos, sociales y culturales. Allí se establece que la atención de la salud es un servicio público a cargo del estado y que en Colombia se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Frente a este derecho, la Corte Constitucional ha precisado que la salud puede ser considerada como fundamental no solo cuando pelagra la vida como mera existencia, sino que ha resaltado que la salud es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas y que el acceso a tratamientos contra el dolor o el suministro de todo lo necesario, para aquellas personas que padecen de enfermedades de alto costo que si bien, algunas son incurables, debe propenderse por todo lo necesario para un padecimiento en condiciones dignas¹.

Por su parte, respecto al derecho a la **Seguridad Social**, dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política de 1991, se le confiere el carácter de servicio público obligatorio y de derecho irrenunciable de todos los colombianos, correspondiendo al Estado su dirección, coordinación y control al igual que garantizar su efectiva realización y la ampliación de su cobertura.

La Seguridad Social como servicio público, puede estar en manos de entidades públicas o privadas y está sujeta a los principios de progresividad, transparencia, eficacia, eficiencia, celeridad, universalidad y solidaridad entre otros.

3.3. Principio de integralidad en salud.

3.3.1. De acuerdo con el artículo 2º, literal d) de la Ley 100 de 1993 la integralidad, en el marco de la Seguridad Social, debe entenderse como “la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley”.

Dicho criterio fue posteriormente reiterado en la Ley 1122 de 2007² y actualmente desarrollado en la Ley Estatutaria de Salud³, la cual en su artículo 8º dispuso que: *“los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales*

² “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

³ Ley 1751 de 2015.

para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”.

3.3.2 Al respecto, cabe señalar que en sentencia C-313 de 2014 mediante la cual se llevó a cabo el control previo de constitucionalidad de la referida Ley Estatutaria de Salud, la Corte precisó que el principio de integralidad irradia el sistema de salud y determina su lógica de funcionamiento. De allí, que la adopción de todas las medidas necesarias encaminadas a brindar un tratamiento que efectivamente mejore las condiciones de salud y calidad de vida de las personas es un principio que “está en consonancia con lo establecido en la Constitución y no riñe con lo sentado por este Tribunal en los varios pronunciamientos en que se ha estimado su vigor”⁴.

En ese contexto, sostuvo este Tribunal en reciente sentencia T-171 de 2018⁵ que el principio de integralidad que prevé la ley 1751 de 2015 opera en el sistema de salud no solo para garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para que la persona pueda superar las afectaciones que perturban sus condiciones físicas y mentales, sino, también, para que pueda sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal. En ese sentido, destacó la Corte que el servicio *“se debe encaminar a la protección constitucional del derecho fundamental a la salud, es decir que, a pesar del padecimiento y además de brindar el tratamiento integral adecuado, se debe propender a que el entorno [del paciente] sea tolerable y digno”*.

En suma, ha considerado la propia jurisprudencia que el principio de integralidad, a la luz de la Ley Estatutaria de Salud, envuelve la obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio de garantizar la autorización completa de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás servicios que el paciente requiera para el cuidado de su patología, así como para sobrellevar su enfermedad⁶.

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-313 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza. Acápito 5.2.8.3

⁵M.P Cristina Pardo Schlesinger

⁶Corte Constitucional sentencia T-171 de 2018 M.P Cristina Pardo Schlesinger.

En asunto *sub examine*, **Guillermo Antonio Castellanos Duque**, es un adulto mayor de 62 años de edad, que ha sido diagnosticado con “*tumor maligno de la conjuntiva*”, razón por la cual considera que debe ser beneficiado con un tratamiento integral, exoneración de copagos o cuotas moderadoras, como el cubrimiento de viáticos (alojamiento, alimentación y transportes) requeridos por la paciente, siempre que deba desplazarse a otra ciudad.

Frente a la pretensión de tratamiento integral, a de indicarse que es el derecho que tienen los pacientes que se encuentran en ciertas condiciones para que les brinden todos los servicios de salud, estén o no estén dentro del Plan Obligatorio de Salud, POS, pertenezcan a uno u otro régimen; tales como exámenes, diagnósticos, valoración especializada, cirugías, tratamientos, medicamentos, insumos, terapias de rehabilitación y todo lo que prescriban los médicos tratantes para recuperar la salud del paciente.

Este derecho de servicio integral lo tienen: los menores, los **adultos mayores**, desplazados, indígenas, reclusos, personas que padezcan enfermedades de “**alto cuidado**” **mal llamadas catastróficas como cáncer**, sida, insuficiencia renal, cardiopatías, entre otras; y aquellas personas en grave discapacidad o en grave estado de salud. Hay que resaltar que la integralidad se refiere a la prestación de todos los servicios médico-clínicos que requiera el paciente sin importar si se encuentran o no dentro del plan obligatorio de salud.

Así las cosas, es necesaria la intervención del juez Constitucional en procura de amparo y protección de los derechos fundamentales invocados, por el hecho de estar involucrados derechos fundamentales de una persona de especial protección Constitucional, en virtud a su estado de debilidad manifiesta por su condición física, pues recordemos que estamos ante un adulto mayor de 62 años de edad y que adicional a ello padece cáncer.

Ahora bien frente a las pretensiones del actor, de exoneración de copagos, se evidencia que el señor **Guillermo Antonio Castellanos Duque** está exonerado de los copagos y cuotas

moderadoras debido a su patología “*tumor maligno de la conjuntiva*”, sin embargo, es claro que esta exoneración no es aplicable a tratamientos no incluidos en la Resolución 3512, respecto a los procedimientos considerados como de alto costo, razón por la cual se hace procedente tutelar en tal sentido atendiendo a que **Castellanos Duque** cumple con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para la exoneración de copagos y cuotas moderadoras respecto a procedimientos catalogados como de alto costo, tal y como lo hizo el juez de primera instancia.

En atención a la solicitud de transporte y viáticos es de indicarse que cuando el paciente no cuenta con los recursos económicos para acceder al procedimiento o tratamiento médico que solicita, corresponde en principio a la familia del paciente hacerse cargo de dichos costos, pues son ellos quienes tienen la obligación legal de velar por el socorro de sus seres queridos, garantizar las condiciones necesarias para la supervivencia de los mismos y su cuidado personal, sin embargo, la ausencia de recursos económicos -del paciente o su familia- no se puede convertir en una barrera para el acceso a la prestación del servicio en salud.

Por ello, se han establecido los requisitos para que sea el Estado o, secundariamente, las entidades prestadoras de salud, quienes se hagan cargo de la obligación de financiar los gastos para el traslado de los pacientes, solo cuando se acredite que:

i) El procedimiento o tratamiento debe ser imprescindible para asegurar el derecho a la salud y la integridad de la persona.

ii) El paciente y sus familiares cercanos carecen de recursos económicos para atender dichos gastos;

iii) La omisión de la remisión debe poner en riesgo la vida (...), la integridad física o el estado de salud del paciente.

Por esta razón, y de acuerdo al principio de acceso al servicio, es necesario evaluar la pertinencia, necesidad y urgencia de la

medida, la ausencia de recursos económicos del paciente y sus familiares, y las implicaciones que tendría omitir la remisión al lugar del tratamiento o procedimiento médico. Por lo cual, corresponde al juez de tutela evaluar, de conformidad con las circunstancias particulares del interesado y de acuerdo a las pruebas que obran en el expediente, si la medida es esencial para conservar la salud del paciente o comprometan la vida digna y la integridad física.

En el momento de interponer el tutelante señaló que se trata de una persona de escasos recursos. El despacho, luego de valorar las pruebas obrantes en el expediente y la postura de Corte Constitucional para estos casos, observa que en el caso concreto, se cumple con los requisitos exigidos para que por vía de tutela se disponga que la EPS asuma lo concerniente al cubrimiento de los gastos de transporte del tutelante y un acompañante, lo que implica que efectivamente como lo indico el actor, si existe por ende amenaza o vulneración por parte de la entidad demandada frente a los derechos fundamentales invocados.

Finalmente, no se impartirá orden de recobro ante la Administradora de los Recursos General de Seguridad Social en Salud por lo servicios fuera del PBS que con ocasión de esta sentencia deba suministrar la entidad, pues las resoluciones 205 y 206 del 17 de febrero de 2020, respectivamente, determinan lo y de cara con la solicitud de recobro alegada por la EPS pertinente en cuanto a los "presupuestos máximos" para que las EPS garanticen la atención médica integral, sin que para ello deba mediar orden judicial.

3.4. Conclusión:

Bajo este contexto, se abstiene el despacho de emitir una autorización para recobro ante Administradora de Recursos del Sistema de Seguridad Social de Salud –ADRES, por ser innecesario que una orden en tal sentido vaya inmersa en esta providencia.

En lo demás, esta dependencia judicial comparte el criterio del Juzgado de Primera Instancia que tuteló los derechos

invocados a favor de **Guillermo Antonio Castellanos Duque**, por las razones expuestas en esta providencia.

VII. DECISION:

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ibagué - Tolima**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE:

1. Revocar el numeral quinto de la sentencia de primera instancia, proferida el pasado 18 de diciembre de 2020, por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Ibagué.

2. Confirmar en lo demás la mencionada sentencia, por las razones expuestas en esta providencia.

3. Notificar por los medios más hábiles e idóneos a las partes interesadas, conforme lo dispuesto en el Art. 30 Decreto 2591/91.

4. Remitir las presentes diligencias ante la Honorable Corte Constitucional, a efectos de su eventual revisión y de conformidad con lo previsto en el Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Juez,


HUMBERTO ALBARELLO BAHAMON