

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN
DE CONTROL DE GARANTÍAS

Bogotá DC, catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020)

ACCIÓN DE TUTELA

Radicación: No. 2020-148
Accionante: Claudia Marcela Quiñones Pachón
Accionado: -Famisanar EPS
-Centro de investigaciones oncológicas
Clínica San Diego
Decisión: Niega Tutela (hecho superado)

ASUNTO

Resolver la acción de tutela instaurada por la ciudadana **CLAUDIA MARCELA QUIÑONES PACHÓN**, quien actúa en nombre propio, en contra de la EPS Famisanar y el Centro de Investigaciones Oncológicas Clínica San Diego, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas y seguridad social, consagrados en la Constitución Nacional.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

La actora, interpone esta acción indicando los siguientes hechos:

1. Que tiene 44 años de edad, está afiliada a la EPS Famisanar, en calidad de beneficiaria; que en marzo de este año, le fue detectado un carcinoma de mama en el seno derecho, por lo que tuvo cita el 26 de mayo de 2020, con el oncólogo del Centro de Investigaciones Oncológicas Clínica San Diego; en dicha consulta se programó e inició el tratamiento para la patología que la aqueja.
2. Agrega que le ordenaron y programaron 8 quimioterapias en ciclos de 21 días; las que se estaban efectuando normalmente, pero cuando le faltaba la 8 quimioterapia y la tenía programada para el 07 de diciembre, la EPS le informó que habían terminado el convenio con el Centro de Investigaciones Oncológicas

Clínica San Diego, y sería remitida a la IPS Clínica Nueva Oncológica Colsubsidio de la 127.

3. Indica que la decisión de la EPS, es ilógica y arbitraria y pone en juego su salud y vida, al desconocer que está terminando la primera parte de su tratamiento, con la realización de la última quimioterapia, y le niega continuar el tratamiento con el médico oncólogo de la clínica San Diego, perdiendo la efectividad del tratamiento por la patología que presenta; además se iniciaría la segunda parte del tratamiento en la programación de exámenes médicos y la remisión al especialista en mastología para la programación de la cirugía de la extracción de las dos mamas y de los ovarios y trompa, de acuerdo a los exámenes que le realizaron, razón por la cual acude a este mecanismo, con el fin de proteger los derechos fundamentales invocados en esta acción constitucional.

PRETENSIONES

Es de anotar que la accionante invoco medida provisional, para que por parte de la EPS Famisanar y el Centro de Investigaciones Oncológicas Clínica San Diego; le garantizarán la terminación de la totalidad del tratamiento por la patología que presenta, en el Centro de Investigaciones Oncológicas Clínica San Diego, autorizando de manera inmediata los exámenes de nitrógeno ureico, creatinina en suero y otros fluidos, bilirrubinas total y directa, transaminasa glutámico oxalacética, transaminasa glutámico pirúvica y fosfatasa alcalina; así como la valoración por especialista de oncología con el Dr. José Ramón Rodríguez Morales, oncólogo clínico y politerapia antineoplásica de alta toxicidad, todo a realizarse en el Centro de Investigaciones Oncológicas Clínica San Diego de manera inmediata sin demoras y sin dilaciones en razón a su estado de salud.

Como pretensiones principales, solicito se amparen los derechos fundamentales de **CLAUDIA MARCELA QUIÑONES PACHÓN** y en consecuencia de ello se ordene a la EPS Famisanar y el Centro de Investigaciones Oncológicas Clínica San Diego; garantizar la terminación de la totalidad del tratamiento por la patología que presenta, en el Centro de Investigaciones Oncológicas Clínica San Diego, autorizando de manera inmediata los exámenes de nitrógeno ureico, creatinina en suero y otros fluidos, bilirrubinas total y directa, transaminasa glutámico oxalacética, transaminasa glutámico pirúvica y fosfatasa alcalina, así como la valoración por especialista de oncología con el Dr. **JOSÉ RAMÓN RODRÍGUEZ MORALES**, oncólogo clínico y politerapia antineoplásica de alta toxicidad, todo a realizarse en el Centro de Investigaciones Oncológicas Clínica San Diego de manera inmediata sin demoras y sin dilaciones en razón a su estado de salud, así como suministrar el tratamiento integral, que requiera en favor de su enfermedad; que

en ningún caso vuelva a incurrir en acciones que dieron mérito a iniciar esta acción de tutela; ordenar al Adres reembolsar a la EPS Famisanar, los gastos que realice con el cumplimiento de la tutela.

RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

EPS Famisanar

La directora de Riesgo Medio y Avanzado de la entidad en mención, manifestó al despacho que se procedió a notificar de la presente acción de tutela al área encargada, quien procedió a establecer comunicación telefónica con la paciente; la actora solicita que le terminen el ciclo de quimioterapia en la Clínica San Diego, que le queda la última aplicación, manifiesta que luego de terminar el ciclo, ella acepta el cambio a la otra institución. Que la EPS Famisanar, dio el aval para el último ciclo de quimioterapia en la Clínica San Diego, una vez se brinde el último ciclo de quimioterapia en el que se encuentran todos los medicamentos que menciona la accionante, se procederá a realizar la retoma de la usuaria en la Clínica Oncológica Colsubsidio 127.

Agrega que ante la evidencia de ausencia de vulneración de Derecho Fundamental alguno por parte de Famisanar, las pretensiones planteadas por la accionante no están llamadas a prosperar en este proceso en contra de su representada, solicitando al Despacho que se declare la improcedencia de esa entidad dentro de la presente acción de tutela; teniendo en cuenta adicionalmente que se presenta un hecho superado que los lleva a una carencia de objeto de la acción. Indica no es procedente que se conceda el tratamiento integral en tanto se evidencia que no se han configurado motivos que lleven a inferir que la EPS que representa, haya vulnerado o pretenda negar el acceso a la afiliada de servicios a futuro tal y como lo ha reiterado la Corte Constitucional en su amplia jurisprudencia.

Centro de Investigaciones Oncológicas Clínica San Diego SAS

La representante legal de la entidad en mención, informó al despacho que la accionante se encuentra en estado activo en Famisanar EPS, régimen contributivo y tipo afiliación beneficiario; que la accionante es conocida por su representada por atenciones brindadas desde el 26 de junio de 2020; que es Famisanar EPS, la aseguradora de la paciente quien debe autorizar el proceso de atención en cuanto a las sesiones de quimioterapia, actualmente la paciente se encuentra recibiendo atención en la Clínica Colsubsidio de la 127; según historia clínica tuvo consulta el 26 de mayo, con médico especialista en Oncología clínica, inició quimioterapia el 16 de junio de 2020, siendo obligación de la EPS, de expedir y remitir las autorizaciones necesarias para dar continuidad al tratamiento requerido por la paciente.

Agrega que la entidad administradora de salud, es quien emite la correspondiente autorización, ubicación del centro hospitalario que cuente con los servicios ordenados y por su parte entregar los medicamentos que no estén incluidos dentro del plan de Beneficios de Salud; solicita al despacho desvincular, excluir y liberar a su representada, de la presente acción de tutela, teniendo en cuenta que conforme a los vínculos contractuales que los une con la EPS Famisanar; no se ha vulnerado bajo ninguna circunstancia los derechos de la accionante, ni se le ha imposibilitado el acceso a los servicios de salud.

Frente al tratamiento integral está llamada a responder es la EPS, por cuanto la responsabilidad recae sobre el ente asegurador de la paciente, y el despacho no puede trasladar de forma subjetiva a su representada dicha obligación. Por lo anterior, solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela, ya no se está vulnerando los derechos fundamentales aludidos por la accionante y por el contrario ha recibido la atención necesaria en salud.

TERCEROS VINCULADOS

Caja Colombiana de Subsidio Familiar – Colsubsidio

La abogada de la entidad en mención, indicó al juzgado que la IPS Colsubsidio presta, los servicios de salud bajo la modalidad de Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS), a través de una Red de Clínicas y Centros Médicos. El acceso al servicio de salud, para los afiliados al Sistema de Seguridad Social, pertenecientes al Régimen Contributivo, se materializa por conducto de una sociedad privada comercial, autónoma e independiente de Colsubsidio, cuya naturaleza corresponde a la de una Entidad Promotora de Salud (EPS). Estas entidades tienen por objeto operar como administradoras dentro del sistema y cumplen la función de aseguradoras de los cotizantes y sus beneficiarios, producto de una relación contractual.

Agrega que frente a las atenciones en salud de la paciente en su red de IPS, ha puesto a disposición de la accionante, su servicio de Oncología, se le agendó cita con Oncología para el 17 de diciembre; es potestativo del asegurador autorizar y definir la red para continuidad en atención oncológica, por tanto corresponde a ese si decide acceder a la pretensión de la actora de continuar el tratamiento en su antigua IPS, siempre y cuando aún tenga convenio vigente con CIOSAD. Que no hay negación de servicio por parte de la IPS Colsubsidio.

Solicita al despacho, declarar improcedente la presente acción de tutela, porque su institución no le ha vulnerado ningún derecho a la accionante.

Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES)

El asesor de la oficina de asesoría jurídica informo al Despacho, que el ente al que representa le corresponde la formulación y adopción de políticas, planes generales, programas y proyectos del sector salud, y del sistema general de seguridad social en salud, del mismo modo dictar normas administrativas técnicas y científicas de obligatorio cumplimiento, siendo que en ningún caso será responsable directo de la prestación del servicio de salud.

Que además, se debe tener en cuenta que en principio las entidades promotoras de salud, están obligadas a suministrar a sus afiliados los servicios contenidos en el listado oficial del plan de beneficios en salud, pero deben tener presente la garantía de velar por el derecho a la vida y salud de sus afiliados, utilizando para ello, los mecanismos legales establecidos para el correcto funcionamiento del sistema general de seguridad social en salud.

Agrega que cualquier pretensión relacionada con el “reembolso” del valor de los gastos que realice la EPS, no puede olvidarse que la misma constituye una solicitud antijurídica, puesto que a partir de la promulgación de las Resoluciones 205 y 206 de 2020 proferidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, se fijaron los presupuestos máximos (techos) para que las EPS o las EOC garanticen la atención integral de sus afiliados, respecto de medicamentos, procedimientos y servicios complementarios asociados a una condición de salud, que se encuentren autorizadas por la autoridad competente del país, que no se encuentren financiados por la Unidad de Pago por Capitación (UPC), ni por otro mecanismo de financiación y que no se encuentren excluidos de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 y cumplan las condiciones señaladas en los anteriores actos administrativos. Asimismo, sostuvo sobre el tratamiento integral, que la pretensión es muy genérica, por lo que se hace necesario que la accionante precise cuáles son los medicamentos o procedimientos requeridos, con el fin de que la entidad pueda determinar si se encuentran o no, dentro de los contenidos en el POS, y poder establecer a quien le corresponde la cobertura de los mismos.

Para finalizar, peticionó que en caso de que la acción Constitucional prospere, se ordene a la EPS Famisanar, garantizar la adecuada prestación de los servicios de salud, brindando a la usuaria los servicios, incluidos o no en el plan de beneficios en salud, haciendo el respectivo recobro, de manera ordinaria, de tener lugar a ello, ya que se carece de legitimación en la causa por pasiva, frente a la entidad que representa.

Superintendencia Nacional de Salud

La asesora del despacho de la entidad en mención, manifiesta al despacho que teniendo en cuenta los hechos de la acción constitucional, solicita su

desvinculación de toda responsabilidad que impone la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva; que efectivamente las EPS, son responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación de los servicios de salud y por lo tanto, son las llamadas a responder por toda falla, lesión, enfermedad e incapacidad, que se genere con ocasión de la no prestación o prestación indebida de los servicios de salud, incluidos en el Sistema General de Seguridad Social en salud.

Agrega que la entidad que representa, es un organismo de carácter técnico, que, como órgano de inspección, vigilancia y control del Sistema General de Seguridad Social en salud, debe propugnar por que los agentes del mismo cumplan a cabalidad con las obligaciones y deberes asignados por la ley y demás normas reglamentarias para garantizar la prestación de los servicios de salud a sus afiliados. Que se debe tener en cuenta la prevalencia del concepto del médico tratante en los conflictos entre el actor y la EPS accionada, por cuanto la decisión de ordenar los servicios formulados, obedece a la enfermedad que padece la paciente, a la formación y conocimiento del galeno; en el evento en que el médico tratante considere que los servicios ordenados se ajustan a la necesidad del paciente, la EPS accionada se encuentra en la obligación de garantizar el servicio bajo estándares de oportunidad, accesibilidad y eficiencia, en los términos y para los efectos de las normas antes transcritas, por lo que es el médico tratante el llamado a establecer cuál es el tratamiento que requiere el paciente para el manejo de la enfermedad que padece.

Indica que respecto a la oportunidad de la atención, el artículo 365 de la Constitución Política consagra que "los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional". La finalidad social del Estado frente a la prestación eficiente de los servicios públicos, surge del análisis del artículo 2º de la Constitución Política, que establece como uno de los principios fundamentales de los fines esenciales del Estado "asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado", y del artículo 113 de la misma que se basa en el principio de la separación.

Finaliza indicando que el objeto de debate en la tutela, es el de obtener la prestación de los servicios médicos en salud concretados en exámenes de laboratorio y consultas con especialistas, donde la entidad que representa no está a cargo de asumir dicha obligación, razón suficiente para que este despacho la desvincule y declare la falta de legitimación en la causa. Pues dentro de sus funciones, no se encuentra la prestación de servicios, suministro de medicamentos, autorización y programación de procedimientos quirúrgicos, ni agenda de citas con especialistas. La Superintendencia Nacional de Salud, dentro del marco de sus funciones y en cumplimiento de su objeto velará y propenderá por la protección de los derechos de los usuarios del Sistema

Nacional de Salud y porque los servicios de salud se presten de manera adecuada y oportuna.

PRUEBAS

Con el escrito de tutela, el accionante allegó los siguientes documentos:

1. Copia de partes de la historia clínica, de **CLAUDIA MARCELA QUIÑONES PACHÓN**.
2. Copia cédula de ciudadanía de la accionante.
3. Copia de las ordenes médica, de fecha 07 de noviembre de 2020, se ordena los exámenes nitrógeno ureico, creatinina en suero y otros fluidos, bilirrubinas total y directa, transaminasa glutámico oxalacetica, transaminasa glutámico pirúvica y fosfatasa alcalina, todo a realizarse en el centro de investigaciones oncológicas Clínica San Diego.
4. Copia orden médica de valoración por especialista de oncología con el Dr. **JOSÉ RAMÓN RODRÍGUEZ MORALES**, oncólogo clínico todo a realizarse en el centro de investigaciones oncológicas clínica San Diego.
5. Copia orden médica de fecha 07 de noviembre de 2020, de politerapia antineoplasica de alta toxicidad, a nombre de la accionante.

Por su parte la EPS Famisanar, allego certificado de existencia y representación, así como las autorizaciones realizadas a la accionante; la Clínica San Diego, adjuntó certificado de existencia y representación de la entidad, y parte de la historia clínica de la accionante; el Adres y La Supersalud, allegaron poder y resolución para actuar dentro presente acción de tutela.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Competencia

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 1983 de 2017 que dispone reglas de reparto, es competente este Despacho para resolver la solicitud de la tutela, por tratarse la accionada de un particular que presta el servicio de salud.

Frente al factor territorial se tiene que la sede principal de la entidad accionada es Bogotá y en esta misma ciudad tienen ocurrencia los hechos fundamento de la solicitud de amparo.

2. Del sub exámine

El artículo 86 de la Carta Política señala 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 a su nombre, la protección inmediata de sus derechos Constitucionales

fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en los casos expresamente señalados.

También establece dicha norma que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Ahora bien, para resolver el caso en concreto es necesario precisar los alcances del derecho a la salud y seguridad social.

La Salud y Seguridad Social

La Constitución Política de Colombia consagra el Derecho fundamental a la Salud, como un servicio público a cargo del Estado, garantizando a todas las personas el acceso en cuanto a prevención, protección y atención en salud se refiere; todo ello acorde con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

En consecuencia, el Estado debe procurar que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud que requieran, pues ello asegura una calidad de vida digna, teniendo en cuenta que la salud es el instrumento mediante el cual los seres humanos pueden desarrollarse, pues sin ella, sería imposible ejercer a plenitud los demás derechos fundamentales.¹

El derecho a la salud ha sido objeto de reiterados pronunciamientos, cuando existe conflicto acerca de la forma en que debe asimilarse su protección. Anteriormente, la Corte aplicaba la tesis de conexidad, en donde el derecho de carácter prestacional, que pretende protegerse por vía de tutela, debe tener una inescindible relación con un derecho fundamental, particularmente la vida digna.

De otro lado con posterioridad, adoptó la tesis según la cual un derecho es fundamental de manera autónoma cuando el fin es garantizar la salud de sujetos de especial protección como los menores de edad, los desplazados y los adultos mayores. En efecto, estos postulados no necesariamente conllevan a delimitar si el derecho a la salud es de carácter fundamental o no, sino a la manera en que debe lograrse su realización en la práctica.

En la sentencia T-760 de 2.008 la Corte Constitucional sistematizó y compiló las reglas jurisprudenciales que esa corporación ha establecido sobre el derecho a la salud. En esta providencia se argumentó, al igual que en reiteradas oportunidades, que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo:

¹ La Observación General 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales señaló que “la salud es un derecho fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos” (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

“Así pues, considerando que “son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho. Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela. La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.”

La jurisprudencia Constitucional ha considerado que los derechos de contenido prestacional, en especial a la seguridad social en salud, se le puede reconocer el carácter de derechos fundamentales cuando (i) se trata de un sujeto de especial protección constitucional, (ii) porque se está en presencia de una situación que evidencia que la vulneración del derecho a la salud implica una amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, como por ejemplo la vida, el trabajo o la dignidad humana entre otros; o (iii) porque se presente el fenómeno jurídico de la transmutación de un derecho prestacional en un derecho subjetivo como consecuencia del desarrollo legislativo o administrativo de los mandatos constitucionales².

Por otra parte, frente al carácter de fundamental que puede adquirir el derecho a la salud, cuando se encuentra en íntima relación con uno, que por sí solo, es fundamental, la jurisprudencia constitucional ha señalado:

“[l]a prestación de los servicios de salud, como componente de la seguridad social, por su naturaleza prestacional, es un derecho y un servicio público de amplia configuración legal, pues corresponde a la ley definir los sistemas de acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo (CP arts 48 y 49). La salud no es entonces, en principio, un derecho fundamental, salvo en el caso de los niños, no obstante lo cual puede adquirir ese carácter en situaciones concretas debidamente analizadas por el juez Constitucional, cuando este derecho se encuentre vinculado clara y directamente con la protección de un derecho indudablemente

² Ver sentencia T-419 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

fundamental. Así, el derecho a la salud se torna fundamental cuando se ubica en conexidad con el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal.

Con todo, actualmente, la Corte ha optado por dejar atrás la tesis de conexidad y adoptar de manera definitiva el criterio según el cual el derecho a la salud es fundamental de manera autónoma, todo ello por cuanto consideró que en sí mismo, exigir tal conexidad resultaba “artificial” ya que todos los derechos de alguna manera tienen un carácter prestacional, queriendo decir con ello que existe una estrecha relación entre “*un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental*”³

Además de reconocer que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo, el cual puede protegerse a través del recurso de amparo, esta Corporación también consideró necesario determinar que en ciertos casos la tutela es el mecanismo apropiado para garantizar este derecho cuando quien la solicita es un sujeto de especial protección. Al respecto la jurisprudencia constitucional puntualizó lo siguiente:

“Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las solicitudes de inaplicación de las normas legales o reglamentarias que rigen el sistema de salud únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.”

La salud es un concepto que guarda íntima relación con el bienestar del ser humano y que dentro del marco del Estado social, al convertirse en derecho, se constituye en un postulado fundamental del bienestar ciudadano al que se propende en el nuevo orden social justo, a fin de garantizar un mínimo de dignidad a las personas. En este sentido se ha indicado que el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento.

Por su parte, la vida humana, en los términos de la protección constitucional de su preservación, no consiste solamente en la supervivencia biológica sino que,

³ Sentencia T-760 del 13 de julio de 2008 M.P. Manuel José Cepeda.

tratándose justamente de la que corresponde al ser humano, requiere desenvolverse dentro de unas condiciones mínimas de dignidad.

No obstante, debe tenerse en cuenta que no en todo caso en que se alegue la lesión al derecho a la salud, la aplicación de la normatividad infraconstitucional que establece los servicios que brinda el sistema de salud resulta incompatible con los derechos fundamentales. Para llegar a esa conclusión el funcionario judicial debe constatar que: (i) la falta del servicio médico o el medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio o medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al medicamento por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico o el medicamento ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.

La jurisprudencia Constitucional ha considerado que el criterio expuesto por el médico tratante del paciente, prima a la hora de determinar la necesidad del suministro del servicio médico solicitado, pues es éste quien mejor conoce su estado de salud y está plenamente capacitado para determinar la atención médica que requiere. Al respecto, ha señalado que el Comité Técnico Científico de la entidad podrá reversar la decisión del médico tratante, siempre y cuando se base en conceptos de médicos especialistas en el campo en cuestión y en un conocimiento completo y suficiente del caso específico del paciente.

El carácter prevalente de la prescripción médica emitida por el médico tratante.

Ha sido amplia la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, al reiterar que el ordenamiento garantiza a todas las personas, como componente esencial del derecho a la salud, el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran para resguardar su dignidad humana. La Corte ha resaltado que quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, el médico tratante.

La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que: “ *...(i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que puedan existir respecto de su condición de salud, lo que conlleva a que sea quien tenga la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un determinado servicio de salud; y (iii) actúa en nombre de la entidad que presta el servicio*”⁴.

⁴ Sentencia T 873 de 2011, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.

El alto Tribunal ha señalado en varias oportunidades que la prestación en salud ordenada por el médico tratante se torna fundamental para la persona que la requiere para proteger o restablecer su salud.

No obstante, dado que, bajo la regulación actual, la manera de acceso a los servicios de salud sigue dependiendo, en principio, de si el servicio requerido se encuentra o no incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud al cual la persona tiene derecho, la Resolución 3099 de 2008 establece que la prescripción del médico tratante de un servicio de salud no incluido en el POS debe ser remitida por éste mismo al Comité Técnico Científico para su evaluación, aprobación o desaprobación.

Es decir, que actualmente la normativa en materia de salud le otorga al CTC la facultad para determinar si autoriza o no un servicio de salud no POS ordenado por el médico tratante, de acuerdo con unos criterios y un procedimiento previamente establecido. Sin embargo, han dejado claro a través de la jurisprudencia que:

*“el Comité Técnico Científico de las entidades prestadoras del servicio de salud no es propiamente un órgano de carácter técnico sino administrativo, debido a su estructura y a las funciones que desempeña, y por lo tanto ha precisado que estos comités no son una instancia más entre los usuarios y las EPS y que **su concepto no es un requisito indispensable para el otorgamiento de servicios de salud requeridos por un paciente**”.*⁵ (Negrillas fuera de texto)

Para desvirtuar la orden del médico tratante se ha dicho, que la opinión de cualquier otro galeno no es suficiente, la base de la decisión negativa contraria a lo prescrito por el médico que ha tratado al paciente debe ser más sólida, por lo que ha de fundarse, por lo menos en: (1) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad, (2) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento solicitado en el accionante. El dictamen del profesional de la medicina tratante, respecto de un servicio de salud que requiera un determinado paciente, debe prevalecer sobre el concepto del Comité Técnico Científico y cualquier otro miembro de la EPS, inclusive sobre la opinión otro profesional de la salud puesto que el médico tratante es un profesional científicamente calificado y es quien mejor conoce la condición de salud del paciente⁶.

PROBLEMA JURÍDICO

Procede el Despacho a analizar si la EPS Famisanar y el Centro de Investigaciones Oncológicas Clínica San Diego, vulnera los derechos

⁵ Sentencia T 873 de 2011, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo

⁶ Respecto a la prevalencia del concepto del médico tratante, frente al concepto del Comité Técnico Científico y/o de los funcionarios administrativos de la EPS, ver entre muchas otras, las siguientes sentencias: T-666 de 1997, T-155 de 2000, T-179 de 2000, T-378 de 2000, T-284 de 2001, T-414 de 2001, T-786 de 2001, T-344 de 2002, T-760 de 2008.

fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas y seguridad social de la ciudadana **CLAUDIA MARCELA QUIÑONES PACHÓN**, al no autorizar el último ciclo de quimioterapia, junto con sus medicamentos y exámenes, que fueron ordenados por el médico tratante.

Bajo las anteriores premisas procede el Despacho al caso objeto de estudio.

CASO OBJETO DE ESTUDIO

Para el caso concreto, se estaría frente a la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la ciudadana **CLAUDIA MARCELA QUIÑONES PACHÓN**, quien de acuerdo a su documento de identificación acredita tener 44 años de edad y estar afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, con la EPS Famisanar.

Así mismo, se tiene que la accionante presentó inicialmente medida provisional, para que por parte de la EPS Famisanar y el Centro de Investigaciones Oncológicas Clínica San Diego, le garantizarán la terminación de la totalidad del tratamiento por la patología que presenta, en el Centro de Investigaciones Oncológicas Clínica San Diego, autorizando de manera inmediata los exámenes de nitrógeno ureico, creatinina en suero y otros fluidos, bilirrubinas total y directa, transaminasa glutámico oxalacética, transaminasa glutámico pirúvica y fosfatasa alcalina; así como la valoración por especialista de oncología con el Dr. **JOSÉ RAMÓN RODRÍGUEZ MORALES**, oncólogo clínico y politerapia antineoplásica de alta toxicidad, todo a realizarse en el Centro de Investigaciones Oncológicas Clínica San Diego, de manera inmediata sin demoras y sin dilaciones en razón a su estado de salud; la cual no fue concedida por este estrado judicial, pero de forma inmediata se corrieron los respectivos traslados a la EPS Famisanar, al Centro de Investigaciones Oncológicas Clínica San Diego, a la Clínica Oncológica Colsubsidio, al Adres y la Superintendencia Nacional de la Salud; para que se informara lo propio.

A su turno la entidad promotora de salud Famisanar EPS, informo que no han vulnerado derechos fundamentales de la accionante en ningún momento, toda vez que le han garantizado todos los servicios en salud que ha requerido; que procedió a establecer comunicación telefónica con la paciente; donde la actora solicita le terminen el ciclo de quimioterapia en la Clínica San Diego, que le queda la última aplicación y que luego de terminar el ciclo, ella acepta el cambio a la otra institución. Que la EPS Famisanar, dio el aval para el último ciclo de quimioterapia en la Clínica San Diego, una vez se brinde el último ciclo de quimioterapia en el que se encuentran todos los medicamentos que menciona la accionante, se procederá a realizar la retoma de la usuaria en la Clínica Oncológica Colsubsidio 127.

Por su parte el Centro de Investigaciones Oncológicas Clínica San Diego SAS, manifestó que es Famisanar EPS, la aseguradora de la paciente quien debe

autorizar el proceso de atención en cuento a las sesiones de quimioterapia y que actualmente la paciente se encuentra recibiendo atención en la Clínica Colsubsidio de la 127. La Clínica Oncológica Colsubsidio, manifestó que frente a las atenciones en salud de la paciente en su red de IPS, ha puesto a disposición de la accionante, su servicio de Oncología; se le agendó cita con Oncología para el 17 de diciembre y es potestativo del asegurador autorizar y definir la red para continuidad en atención oncológica, por tanto corresponde a ese si decide acceder a la pretensión de la actora de continuar el tratamiento en su antigua IPS, siempre y cuando aún tenga convenio vigente con CIOSAD. Que no hay negación de servicio por parte de la IPS Colsubsidio.

En aras de corroborar lo manifestado por la entidad accionada, por parte de la secretaria de este Despacho, nos comunicamos al abonado móvil 3134539861, de **CLAUDIA MARCELA QUIÑONES PACHÓN**, siendo atendida por ella misma, y afirma que efectivamente le asignaron una cita con el especialista en oncología, el 07 de diciembre del presente año, en la Clínica Oncológica de Colsubsidio; que asistió a la consulta y el Oncólogo, la había atendido y dado las órdenes para continuar con el tratamiento de quimioterapias y otros procedimientos; que se comunicó con la Clínica San Diego, donde le indican que podía agendarle sino pero para el próximo mes; que ya le realizaron los exámenes ordenados por su médico tratante y su deseo es de no continuar con la presente acción de tutela, porque considera que ya le dieron cumplimiento con lo solicitado en dicha acción constitucional.

Como consecuencia de lo anterior, se está ante un **HECHO SUPERADO**, ya que si llegaron a estar amenazados los derechos fundamentales de la antes mencionada, por alguna omisión de la entidad promotora de salud, esto ya fue superado; razón por la cual a la fecha no existe amenaza a los derechos fundamentales en favor de la agenciada, toda vez que el objeto de la acción era la realización del último ciclo de quimioterapia, junto con su medicamentos, exámenes y otros, ordenados por su médico tratante, el cual ya se efectivizó.

Al respecto en la Sentencia T- 439 de 2018 M.P. CRISTINA PARDO SCHLESINGER, se puntualizó respecto al marco conceptual del Hecho Superado:

(i) El hecho superado sólo puede producirse de manera previa al proferimiento de una sentencia que ampare el derecho fundamental invocado para su protección.

(ii) Los fallos de tutela son de cumplimiento inmediato, sin perjuicio de que hayan sido impugnados, conforme a lo prescrito en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. Razón por la cual, no constituye hecho superado, sino un simple cumplimiento de sentencia, la conducta que acata la orden impartida por el juez de primera instancia en procura de amparar derechos fundamentales.

(iii) Por lo tanto, en las circunstancias descritas en el párrafo precedente, el ad quem no podría declarar el acaecimiento de un hecho superado, encontrándose limitado a confirmar o infirmar la providencia del a quo.

(iv) Es preciso reiterar que el “hecho superado” sólo se produce cuando las acciones u omisiones del accionado satisfacen íntegramente el derecho fundamental del cual se adujo una vulneración.

(v) Por consiguiente, dicha hipótesis no puede predicarse respecto de derechos fundamentales cuyo resarcimiento dependa de conductas que deban prolongarse en el tiempo, superando el lapso procesal de la tutela. Ello, por cuanto a que en tal circunstancia, al finalizar el trámite constitucional, no se habría satisfecho aun plenamente el derecho invocado y se impediría al accionante ejercer los incidentes de desacato que fueren pertinentes, en caso de que el accionado reincidiera en la conducta vulneratoria alegada en la tutela.

Con relación al tratamiento integral, deprecado, observa este estrado que inicialmente la EPS le informó que no podían realizarle el último ciclo de la quimioterapia, porque habían terminado el convenio con la Clínica, pero el día de recibida esta acción, la autorización con el médico oncólogo y la continuación de su tratamiento se materializó, pero en gracia de discusión, no fue puesto de presente que la entidad promotora de salud, se negara a la realización o que se encontrara algún servicio de salud pendiente. Pero acceder a un tratamiento integral, es muy ambiguo, pues no se tiene certeza que pueda ordenar a futuro el médico, y si dichos servicios serán negados, de ello no se tiene certeza, siendo necesario demostrar un riesgo o amenaza en concreto, por cuanto de tutelar un tratamiento o unos servicios que no ha sido negados aún, estaríamos frente a una situación futura e incierta, recordando que este mecanismo esta instituido para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales ante un hecho dañino, siendo desacertada la posibilidad de amparar derechos por circunstancias meramente hipotéticas.

Por lo anterior, actualmente no existe una orden que impartir para procura de la protección de los derechos a la salud, vida en condiciones dignas y seguridad social, de la ciudadana **CLAUDIA MARCELA QUIÑONES PACHÓN**, en contra de la EPS Famisanar y el Centro de Investigaciones Oncológicas Clínica San Diego, en la medida que le garantizaron los servicios de salud requeridos en esta acción de tutela, objeto de esta acción se materializo; razón por la cual se ha de declarar la no prosperidad de la acción de tutela, al constituir un hecho superado.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Tutela No. 2020-148
Accionante: Claudia Marcela Quiñones Pachón
Accionada: Famisanar EPS – Clínica San Diego
Decisión: Niega Tutela (Hecho Superado)

PRIMERO: NO TUTELAR los derechos fundamentales invocados **CLAUDIA MARCELA QUIÑONES PACHÓN**, en contra de la EPS Famisanar y el Centro de Investigaciones Oncológicas Clínica San Diego, por constituir la acción un hecho superado, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: INFORMAR a la accionante y accionados que la presente decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

TERCERO: ORDENAR que de no ser impugnada esta decisión se remitida la actuación, a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado Por:

OMAR LEONARDO BELTRAN CASTILLO
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 74 PENAL MUNICIPALCN FUNCION CONTROL GARANTIAS
BOGOTA

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:

94333a642326aedd909275bdb3b6064b41917bb38da6343bcdbfaf4fe8804868

Documento generado en 14/12/2020 04:02:58 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>