

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO

Buenaventura, Valle del Cauca, mayo veintiuno (21) de dos mil veintiuno
(2.021)

SENTENCIA de SEGUNDA INSTANCIA No. 023

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
RADICACION: 76-109-41-89-002-2021-00049-00
76-109-31-03-003-2021-00033-01
ACCIONANTE: MARGARITA VICTORIA MANYOMA
ACCIONADA: I.P.S COSMITET LTDA.
DERECHO: SALUD

MOTIVO DE LA DECISIÓN:

Corresponde a este Despacho judicial desatar la impugnación formulada contra la sentencia No. 026 de abril dieciséis (16) de dos mil veintiuno (2.021), proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Buenaventura.

I. ANTECEDENTES

A. La petición

La señora MARGARITA VICTIRIA MANYOMA, acude ante la jurisdicción constitucional, a fin de obtener el amparo a su derecho fundamental de salud, que considera vulnerado por la IPS COSMITET LTDA.

B. Los hechos

Los hechos que dieron lugar a la solicitud de amparo se sintetizan así:

Señala la accionante que cuenta con 73 años de edad, que el 4 de noviembre de 2020 se le detectó una bolita en el seno izquierdo por lo que acudió a las instalaciones de UNICANCER donde le realizaron una ecografía con resultado que le arrojó cáncer de mama.

Que la IPS COSMITET LTDA, a través de los médicos adscritos valoro a la accionante, motivo por el cual se le ordeno una mamografía la cual no ha sido autorizada y así mismo, cita control para analizar los resultados.

Que el veinticinco (25) de marzo de 2021, asistió a la cita de con el especialista en oncología clínica y le ordenaron examen de “gammagrafia osea, tac de torax, tac de abdomen, eco cardiograma, ast, alt, creatinina, fal, glicemia, tsh, antígenos de superficie para vhb, antivhc, coprológico y her 2neu”, pero hasta la fecha no han sido autorizadas, situación que la accionante considera preocupante, toda vez, que siente temor de que el cáncer invada su cuerpo y no haya posibilidad de brindarle tratamiento.

C. El desarrollo de la acción

Mediante determinación de 7 de abril de dos mil veintiuno (2021), se avocó conocimiento de la presente acción de tutela y se dispuso su conocimiento a la entidad accionada, concediendo el termino de dos días para que las partes accionadas y vinculadas procedieran a descorrer el traslado de la presente acción.

En respuesta, **EL FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES DE COLOMBIA**, informa que Cosmitet EPS, es la entidad responsable de la atención medica de la accionante, solicitando se deniegue la presente acción debido a que se le han prestado los servicios médicos a la accionante.

LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRESS, manifestó dentro del término de traslado dentro de la presente acción que existe falta de legitimación por pasiva, solicitando se deniegue el amparo solicitado.

LA IPS COSMITET LTDA, manifestó que los servicios solicitados por la accionante, se encuentran autorizados, tales como: Gamagrafia ósea para el 13 de abril del 2021 en la IPS GAMANUCLEAR -Tac de Torax para el 19 de abril del 2021 en la Clínica Santa Sofia -Tac de Abdomen para el 19 de abril del 2021 en la Clínica Santa Sofia -Ecocardiograma para el día 16 de abril del 2021 en la Clínica Santa Sofia -Los exámenes de laboratorio informan que fueron tomados el 12 de abril del 2021 en la Clínica Santa Sofia.

D. La sentencia impugnada

En la sentencia que ahora se revisa por vía de impugnación, el a quo resolvió tutelar los derechos fundamentales invocados por la accionante.

Inconforme con la decisión, la **EPS COSMITET LTDA** impugnó de manera oportuna la decisión, indicando que el principio de integralidad se encuentra decantado por la Corte Constitucional, indicándose que el juez

no puede fallar sobre una supuesta negativa, toda vez que no puede ir más allá del derecho que se invoca como violado, solicitando revocar la decisión de primera instancia o en su defecto, se ordene recobrar los costos generados ante el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, por tratarse de un régimen especial.

II. CONSIDERACIONES

La Jurisprudencia constitucional, en diferentes pronunciamientos ha reconocido que el objetivo fundamental de la acción de tutela es la protección efectiva, cierta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, en aquellos casos en que éstos se encuentren transgredidos o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los términos que establece la Constitución y la ley.¹

En torno al Derecho a la Salud, la Corte Constitucional ha manifestado que se encuentra consagrado en el artículo 49 del Texto Superior, razón por el cual debe ser amparado como derecho fundamental y autónomo. A su vez, ha establecido que no es necesario que acaezca un riesgo letal, para acceder a la petición de tutela, puesto que dentro de sus finalidades se encuentra ser “preventiva”, es decir, está diseñada precisamente para evitar un daño irreparable². Al respecto, la Ley 1751 de 2015 en su artículo 2 determinó:

El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.

Adicionalmente en la sentencia T-384 del 2013 expreso que las personas requieren un servicio de salud con necesidad, cuando el mismo es indispensable para el mantenimiento de su salud y vida en condiciones dignas. Además, estableció que **es el médico tratante quién determina cuál es el servicio que necesita el paciente**, puesto que precisamente es el profesional que conoce la situación concreta del usuario, sus

¹ Ya la Sentencia T-383 de 2001 había dispuesto precisamente tales criterios que corresponden a los lineamientos centrales de la jurisprudencia en la materia: a) un elemento subjetivo consistente en la “convicción íntima de la existencia de un riesgo o peligro” para el goce y disfrute del derecho y b) un elemento objetivo, consistente en la presencia de condiciones fácticas que “razonablemente permitan inferir la existencia de un riesgo o peligro” para el goce y disfrute de derechos.

² Así lo expresó en fallo T-260 de noviembre 27 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

antecedentes médicos y en consecuencia, el tratamiento que debe seguir para el restablecimiento de su salud. En virtud de lo anterior, **si el médico tratante consideró que un procedimiento mejorará la salud del paciente, la entidad prestadora de salud tiene el deber legal de acatar lo dispuesto por el galeno.**

Respecto de la oportunidad en la que debe brindarse el servicio de salud, la Corte Constitucional explicó que: “la prestación efectiva de los servicios de salud **incluye el que se presten de forma oportuna, a partir del momento en que un médico tratante determina que se requiere un medicamento o procedimiento. Las dilaciones injustificadas**, es decir, aquellos trámites que se imponen al usuario que no hacen parte del proceso regular que se debe surtir para acceder al servicio, y que además, en muchos casos, se originan cuando la entidad responsable traslada el cumplimiento de un deber legal al paciente, **lleva a que la salud del interesado se deteriore, lo que se traduce en una violación autónoma del derecho a la salud.**”³ (negrilla y cursiva fuera del texto)

Con fundamento en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, la seguridad social y la salud son servicios públicos de carácter obligatorio, cuya prestación está sujeta a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. En virtud del principio de eficiencia, inherente a la prestación de los servicios públicos (art. 365 de la C.P.)⁴, el Estado tiene la obligación de garantizar la prestación de los mismos de manera continua y eficiente. De la mencionada obligación se deriva el principio de continuidad que supone la imposibilidad de su interrupción, a menos que exista una causa legal que la justifique y que ésta se ajuste a los principios constitucionales⁵.

Este principio tiene como fin garantizar, además del principio de eficiencia señalado, el postulado de la buena fe como fundamento de la confianza legítima que una persona tiene respecto de la no interrupción de tratamientos médicos luego de que estos han sido prescritos e iniciados. En el ámbito de la salud y de la seguridad social, la continuidad en la prestación del servicio garantiza el derecho de los usuarios a recibirlo de manera oportuna y prohíbe a las entidades responsables realizar actos u omitir obligaciones que afecten sus garantías fundamentales.

En efecto, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar:

“En aras de amparar el derecho a la salud y a la vida de las personas que acuden en tutela reclamando su protección, la Corte Constitucional ha sido insistente en afirmar que las empresas encargadas del sistema de salud no pueden, sin quebrantar

³ Sentencia T-384 de 2013. M.P. MARIA VICTORIA CALLE.

⁴ El artículo 365 de la Constitución Política establece: “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.”

⁵ Sentencia T-537 de 2004, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

gravemente el ordenamiento positivo, efectuar acto alguno, ni incurrir en omisión que pueda comprometer la continuidad del servicio y en consecuencia la eficiencia del mismo. Es obligación primordial, tanto de las entidades estatales como de los particulares que participen en la prestación del servicio público de salud, garantizar su continuidad.”⁶ (Subraya fuera de texto)

Así mismo la alta Corporación Constitucional señaló que además estas consideraciones aplican para el servicio de seguridad social en salud que se presta a los docentes o a sus beneficiarios, quienes por mandato legal deben estar afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como quiera que el principio de continuidad en la prestación de los servicios de salud tiene fundamento constitucional⁷ y, en esa medida, su efectividad es exigible a cualquier régimen especial, como ocurre precisamente en el caso de los docentes.

El artículo 279 de la Ley 100 de 1993, prescribe que el sistema de seguridad social en salud se compone además de unos regímenes especiales a los cuales no le son aplicables las normas generales del sistema, en el cual se encuentra al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio (FOMAG); la Ley 91 de 1989 creó dicho fondo como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial y cuyo objetivo es garantizar la prestación de los servicios de salud a los docentes y sus beneficiarios.

La Corte Constitucional ha establecido unas reglas para implicar el régimen de exclusiones del plan de beneficios médicos en el régimen especial de seguridad social, a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en sentencia **T-248 DE 2016** indicó:

*“... Esta Corporación ha determinado que, aun cuando los regímenes especiales tienen la facultad de establecer **autónomamente los servicios de los cuales son beneficiarios sus afiliados** “no lo[s] hace ajeno[s] a los principios y valores que en materia de salud establece la Constitución Política”. De acuerdo con ello, esta Corte ha garantizado el derecho a la salud de los beneficiarios a los que, con argumento en las exclusiones de los planes, se les niega la atención de ciertas enfermedades o condiciones que requieren una intervención enunciada en ese capítulo. **En este sentido, se adoptó la línea jurisprudencial relativa a la inaplicación del régimen de exclusión de Plan Obligatorio de Salud del régimen de Seguridad Social en Salud.***

*Así pues, este Tribunal ha desarrollado, en basta jurisprudencia, el criterio según el cual, los procedimientos, tratamientos o medicamentos expresamente excluidos de un plan de beneficios, **deben ser***

⁶ Sentencia T – 109 de 2003. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

⁷ Artículo 49 de la Carta Política.

suministrados a los pacientes cuando la prestación de los mismos amenace derechos constitucionales tales como la salud, la vida, la integridad personal y la dignidad humana.

En este orden de ideas, se identificaron unos criterios que deben ser verificados con el objetivo de **inaplicar el POS** y ordenar el suministro, estos son:

- (i) **Que la falta del medicamento o el procedimiento excluido, amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado;**
- (ii) *Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger la vida de relación del paciente;*
- (iii) *Que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación de servicios a quien está solicitándolo; y.*
- (iv) *Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema, esto último es lo que alude a la noción de necesidad, por no tener el paciente los recursos económicos para sufragar el valor que la entidad garantizadora de la prestación está autorizada a cobrar”⁸*

Ahora, teniendo en cuenta que el inconformismo de la entidad impugnante, radica en la orden de prestación del servicio de salud de manera integral, este despacho entrará a estudiar el principio de integralidad en el servicio de salud, y si las reglas jurisprudenciales proferidas por la Corte Constitucional, se enmarcan al caso concreto, con el fin de verificar la procedencia o no de dicha pretensión.

La Corte Constitucional en sentencia T-760 de 2008 definió el principio de integralidad así: “(...) se refiere a la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del sistema de seguridad social en salud, según lo prescrito por el médico tratante”.⁹

En sentencia T-178 de 2011, se anotó que “la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas

⁸ Sentencia T-248 de 2016. M.P. GABRIEL EDURDO MENDOZA MARTELO

⁹ T-760 de 2008. M.P. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

*de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”¹⁰. En otras palabras, la integralidad responde **“a la necesidad de garantizar el derecho a la salud de tal manera que los afiliados al sistema puedan acceder a las prestaciones que requieran de manera efectiva, es decir, que debido a la condición de salud se le otorgue una protección integral en relación con todo aquello que sea necesario para mejorar la calidad de vida de manera efectiva”¹¹.** (Negrilla fuera de texto).*

Para la Corte, el **principio de integralidad**, tiene como fin el mejorar las condiciones existenciales de los pacientes, bajo la garantía de todos los servicios médicos, que los galeno consideren necesarios para el restablecimiento de la salud bajo condicione de i) calidad y ii) oportunidad, es por ello, que las empresas promotoras de salud, tienen la obligación de no poner trabas frente a los requerimiento médicos con procesos y trámites de carácter administrativo que imposibilite a los usuarios el accesos a los medios necesarios en pro de garantizar el derecho a la salud.¹²

Descendiendo al caso puesto a consideración y de acuerdo a la jurisprudencia señalada, tenemos que la accionante Margarita Victoria Manyoma, le fue detectado cancer de mama, motivo por el cual se le ordeno una mamografía la cual no ha sido autorizada y así mismo, cita control para analizar los resultados. Aunado a lo anterior, en el control medico que tuvo el 25 de marzo de 2021, con el especialista en oncología clínica y le ordeno examen de “gammagrafia osea, tac de torax, tac de abdomen, eco cardiograma, ast, alt, creatinina, fal, glicemia, tsh, antígenos de superficie para vhb, antivhc, coprológico y her 2neu”, y hasta la fecha no han sido autorizadas, situación que la accionante considera preocupante, toda vez, que siente temor de que el cáncer invada su cuerpo y no haya posibilidad de brindarle tratamiento.

Por lo anterior, este despacho encuentra que debido al diagnóstico que presenta la señora Maria Victoria Manyoma, como es cáncer de mama, y considerada esta como una enfermedad de carácter terminal, además que se trata de una persona de especial protección constitucional, no resulta desbordada la orden impartida por el Juzgado a quo, pues el alto Tribunal Constitucional ve procedente que se le garantice el tratamiento integral a un paciente que requiere de un servicio médico para contrarrestar un diagnostico especifico ordenado por el medico tratante y que no ha sido debidamente prestado por la entidad de salud. Por ello, y para evitar que

¹⁰ Ver entre otras, sentencias T-079 de 2000, T-133 de 2001, T-136 de 2004, T-760 de 2008, T-289 de 2013, T-743 de 2014, T-421 de 2015 y T-036 de 2017.

¹¹ Sentencia T-178 de 2011.

¹² Sentencia T-032 de 2018. M.P. JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

debido a la negación o a la negligencia en el servicio, se deba acudir nuevamente a la acción de tutela, se le advierte que no debe incurrir nuevamente en dicha conducta, pues ya existe una orden judicial de tutela que obliga a la EPS a no negarle o ser diligente en los servicios médicos que requiere sus usuarios y que son ordenados por el galeno tratante.

Por ultimo se ha de negar el aludido recobro, debido a que dicha figura “no surge de la jurisprudencia constitucional, sino de la ley y la reglamentación legal”¹³, y por lo tanto no es necesario emitir un pronunciamiento en relación con la facultad que tienen las entidades prestadoras de servicios de salud para ejercer la acción de recobro frente a la autoridad legalmente obligada a suministrar aquellos que no hacen parte del plan de beneficios, porque no es ese un requisito que se les pueda exigir para obtener su reconocimiento y en esas condiciones, se confirmará la decisión que en tal sentido se adoptó en el fallo que se revisa.

Así las cosas, encuentra este despacho que la impugnación incoada por el accionado COSMITET LTDA no está llamada a prosperar, y en virtud de ello, se confirmará la sentencia No. 026 de abril dieciséis (16) de dos mil veintiuno (2.021), proferida por el Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta ciudad.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BUENAVENTURA, VALLE del CAUCA**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR la sentencia objeto de la impugnación, proferida por el Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Buenaventura, con fundamento en la parte motiva de la presente providencia.

Segundo: Notifíquese a las partes y al Juzgado del conocimiento, por el medio más expedito, el presente pronunciamiento.

Tercero: ENVIÉSE a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión (Art. 32 Decreto 2591/91).

NOTIFÍQUESE, COPIESE Y CÚMPLASE.

(FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE)
ERICK WILMAR HERREÑO PINZÓN
JUEZ

¹³ Sentencia T-048 del cuatro (4) de febrero de dos mil once (2011), M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Firmado Por:

**ERICK WILMAR HERREÑO PINZON
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 003 CIVIL DEL CIRCUITO BUENAVENTURA**

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:

**f7fd7206d87817214cc05dc4374286cb8ebcacca3488bbeacef525e4de7
7f331**

Documento generado en 21/05/2021 12:23:48 PM

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