

Sentencia SU124/18

SISTEMA DE SALUD-Prevención y detección temprana del cáncer como prioridad de la política pública en salud

La atención integral de las personas en riesgo o diagnosticadas con cáncer en el país, según el Ministerio de Salud, es una prioridad para la implementación de acciones de política pública, la cual está conformada por tres instrumentos: i) el Plan Decenal de Salud Pública 2012-2021; ii) el Plan Decenal para el Control del Cáncer en Colombia 2012-2021; y iii) la Política de Atención Integral en Salud, que tienen como objetivos comunes los siguientes: “1) avanzar hacia la garantía del goce efectivo del derecho a la salud, 2) mejorar las condiciones de vida y salud de la población y 3) lograr cero tolerancia frente a la morbilidad, mortalidad y discapacidad evitables.”

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-Funciones y facultades

REGLAS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA FRENTE AL PROCEDIMIENTO JURISDICCIONAL ANTE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-Deber de imponer sanciones y proferir órdenes que permitan superar la afectación al sistema de salud y la afectación de los derechos fundamentales del usuario

FUNDAMENTALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Principios rectores como oportunidad, eficiencia, calidad, integralidad, continuidad

PLAN DECENAL PARA EL CONTROL DEL CANCER EN COLOMBIA-Objetivos

ACCION DE TUTELA CONTRA EPS-Se negó examen genético Centocancer, ordenado por médico tratante, porque el especialista no diligenció el aplicativo MIPRES en debida forma

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Configuración

DERECHO A LA SALUD-Doble connotación al ser un derecho fundamental y al mismo tiempo un servicio público

SISTEMA DE SALUD-Prevención y detección temprana del cáncer de mama para atención integral que incluye tratamiento médico y se extiende a los factores de riesgo multidimensionales

PREVENCIÓN DEL CÁNCER DE MAMA COMO PARTE DEL NÚCLEO ESENCIAL DEL DERECHO A LA SALUD

El Estado ha priorizado la atención del cáncer de mama en los objetivos de las políticas públicas, principalmente mediante acciones de detección temprana del mismo, con la finalidad de lograr una intervención integral en el paciente, que incluye el tratamiento médico y se extiende a los factores de riesgo multidimensionales. Por tal razón, todos los esfuerzos institucionales y las estimaciones presupuestarias están focalizados en fortalecer los instrumentos de política pública destinados a la prevención y diagnóstico oportuno del cáncer de mama.

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD E INTEGRALIDAD EN EL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD-Prohibición de anteponer barreras administrativas para negar servicio

La prestación eficiente y efectiva del servicio de salud no puede verse interrumpida a los usuarios, específicamente por la imposición de barreras administrativas que diseñe la misma entidad prestadora del servicio para adelantar sus propios procedimientos. En ese sentido, cuando se afecta la atención de un paciente con ocasión de circunstancias ajenas al afiliado y que se derivan de la forma en que la entidad cumple su labor, se desconoce el derecho fundamental a la salud de los afiliados porque se obstaculiza su ejercicio por cuenta del traslado injustificado, desproporcionado y arbitrario de las cargas administrativas de las EPS a los afiliados.

DERECHO A LA SALUD-Vulneración por EPS al negar examen genético Centocancer, el cual se encuentra en el PBS

PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO-Preservación del interés general y grave afectación del patrimonio público como criterio de selección de tutelas por parte de la Corte Constitucional

PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO-Obligaciones del juez de tutela

DERECHO A LA SALUD-Aplicación del principio de progresividad y no regresividad

DERECHO A LA SALUD-Se previene a EPS para que preste los servicios de salud que requiera la accionante con relación a su patología

DERECHO A LA SALUD-Exhortar al Ministerio de Salud para que aclare las imprecisiones en la identificación de exámenes genéticos en la UPS y defina su inclusión o no en el PBS

Referencia: Expediente T-6.622.838

Acción de tutela instaurada por María Antonia González Córdoba contra COOMEVA EPS

Asunto: La procedencia de la acción de tutela para la protección del derecho fundamental a la salud en los casos de negación de procedimientos médicos.

La acreditación del presupuesto de subsidiariedad en relación con las competencias jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud.

La prevención del cáncer de mama como parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la salud.

La prohibición de anteponer barreras administrativas para negar la prestación del derecho a la salud y la intervención del juez constitucional para garantizar su eficacia.

Magistrada sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

Bogotá, D.C., quince (15) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, Carlos Bernal Pulido, Diana Fajardo Rivera, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Antonio José Lizarazo Ocampo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En la revisión del fallo dictado el 9 de noviembre de 2017 por el Juez Primero Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, que confirmó la providencia de 29 de septiembre de 2017 del Juzgado Segundo Civil Municipal de Oralidad de esa misma ciudad, dentro de la acción de tutela promovida por la señora María Antonia González Córdoba contra COOMEVA EPS.

El asunto llegó a la Corte por remisión efectuada por el Juez Primero Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, según lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. El 12 de marzo de 2018, la Sala de Selección de Tutelas número 3[1] de esta Corporación lo escogió para su revisión. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 61[2] del Reglamento Interno de la Corte Constitucional, el 16 de mayo de 2018 el conocimiento del presente asunto fue asumido la Sala Plena de esta Corporación y mediante auto de 23 de mayo de ese mismo mes y año, se declaró la suspensión de términos para fallar este caso.

I. ANTECEDENTES

La señora María Antonia González Córdoba formuló acción de tutela[3] contra COOMEVAEPS, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, a la dignidad humana, a la salud y a la seguridad social; debido a la negativa de la accionada de autorizar el examen denominado CENTOCANCER, ordenado por el médico tratante. Lo anterior se presentó por la ausencia de la prescripción en el aplicativo MIPRES. Por lo anterior, solicitó el amparo a los derechos invocados y que en consecuencia, se ordene a la entidad la práctica del procedimiento y la atención integral a la que haya lugar en razón de su diagnóstico.

A. Hechos relevantes de la acción de tutela interpuesta

1. La accionante tiene 39 años[4], reside en el municipio de Turbo, Antioquia[5] y está afiliada al régimen subsidiado en la entidad COOMEVA EPS. Manifestó que en febrero del año 2017, fue diagnosticada con “adenocarcinoma mamario”[6], por lo que una vez realizada la biopsia y analizado el resultado por su médico tratante y “el staff de oncología”, fue recomendada la realización de una prueba genética de mutaciones deletéreas para genes BRCA1 – BRCA2, secuenciación completa y grandes rearrreglos, llamada CENTOCANCER. A tal conclusión llegaron luego de verificar el riesgo clínico en el que se encuentra, en atención a su edad y el alto índice de proliferación de la enfermedad.

2. El 25 de abril de 2017, le fue autorizado el procedimiento “Panel Ngs para Cáncer Hereditario (ngs 25 genes) o (my risk Panel Multigénico) (prueba para conocer El Riesgo De Cáncer Hereditario. Adicionalmente Se Procesa Por Fuera del Territorio Nacional)”[7].

3. Posteriormente, el médico tratante ordenó, el 5 de julio de 2017, la realización de la prueba “Panel Multigénico CENTOCANCER 31 genes Código 908412 PBS”[8]. Según la peticionaria, se trata de un examen cuya muestra es analizada en Alemania y permite identificar un alto riesgo de cánceres hereditarios como son: i) de mama; ii) ovárico; iii) de colon; iv) de endometrio; v) de próstata; vi) de páncreas; vii) de hígado; y viii) de piel, entre otros[9]. La autorización del procedimiento fue negada por la EPS accionada.

4. Manifestó que esta prueba no es sustituible por otra y que se encuentra cubierta por el Plan de Beneficios de Salud-en adelante PBS, de acuerdo con la Resolución No. 1132 de 2017, con el código 908420 y no requiere la utilización del aplicativo MIPRES.

5. Expresó que la realización de este examen es urgente, en atención al alto riesgo y las complicaciones irreversibles que esa enfermedad puede generar en su salud y en su vida[10].

6. Con fundamento en las anteriores consideraciones, pidió al juez de tutela que ordene a la EPS accionada la práctica del examen CENTOCANCER y el tratamiento integral derivado de su enfermedad. De igual manera, solicitó como medida provisional la orden a COOMEVA EPS para que realice inmediatamente la prueba genética referida.

B. Actuación procesal y respuesta de las entidades accionadas

Mediante auto del 18 de septiembre de 2017, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Oralidad de Medellín admitió la acción de tutela, vinculó oficiosamente a la empresa a GENCELL PHARMA S.A.S.,[11]ordenó correr traslado a los accionados y negó la medida provisional solicitada por la peticionaria, por cuanto consideró que no se reunían los requisitos del artículo 7º del Decreto 2591 de 1991 “como quiera que de la lectura del escrito tutelar no se desprende, que exista un riesgo inminente que ponga en peligro la vida de la afectada (...)lo solicitado hace parte de la decisión de fondo de la presente acción constitucional”[12].

Por medio de escrito del 20 de septiembre de 2017, la sociedad GENCELL PHARMA S.A.S indicó que, a pesar de que dicho laboratorio realiza estudios de biología molecular para apoyo diagnóstico y terapéutico de pacientes con cáncer, no practican el examen CENTOCANCER que requiere la paciente. Por su parte, la EPS COOMEVA guardó silencio.

C. Decisión de primera instancia[13]

A través de sentencia del 29 de septiembre de 2017, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Oralidad de Medellín amparó los derechos de la accionante. Ese despacho consideró que estaba acreditada la orden de examen genético CENTOCANCER de 31 genes Código 948412, proferida por el especialista tratante, de acuerdo con la Resolución número 1132 de 2017. De igual manera, al analizar la historia clínica de la paciente advirtió que “(...) a folio 15, se tiene que la Eps (sic) Coomeva autorizó el examen PANEL NGS PARA CÁNCER HEREDITARIO (NGS 25 GENES) O (MY RISK PANEL MULTIGENICO) (PRUEBA PARA CONOCER EL RIESGO DE CANCER HEREDITARIO, ADICIONALMENTE SE PROCESA POR FUERA DEL TERRITRIO NACIONAL.)”[14], con base en las pruebas, expresó que:

“(...) en razón al padecimiento de la solicitante ésta requiere de la realización del examen PANEL NGS PARA CÁNCER HEREDITARIO (NGS 25 GENES) O (MY RISK PANEL MULTIGENICO) (PRUEBA PARA CONOCER EL RIESGO DE CANCER HEREDITARIO, ADICIONALMENTE SE PROCESA POR FUERA DEL TERRITRIO NACIONAL), el cual pese a que fue autorizado por la Eps (sic), no ha sido realizado de manera efectiva, observa el Despacho una vulneración a sus derechos fundamentales (...)”

Determinó que las empresas que hacen parte del sistema general de salud no pueden incurrir en una omisión que comprometa la continuidad y la eficiencia del servicio. Por tal razón,

“(...) concederá el amparo solicitado, más no en la forma pedida por la accionante, por lo que se ordenará a la EPS COOMEVA, por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces, que a más tardar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a través del prestador de servicio contratado o que contrate para tal efecto, que cuente con los estándares de calidad e idoneidad requeridos y la disponibilidad inmediata, programe y realice el examen denominado PANEL NGS PARA CÁNCER HEREDITARIO (NGS 25 GENES) O (MY RISK PANEL MULTIGENICO) (PRUEBA PARA CONOCER EL RIESGO DE CANCER

HEREDITARIO, ADICIONALMENTE SE PROCESA POR FUERA DEL TERRITRIO NACIONAL) en la forma ordenada por el médico tratante”[15]

De igual forma, ordenó el tratamiento integral para la accionante en atención a su padecimiento y a que es un sujeto de especial protección constitucional[16].

D. Impugnación del fallo[17]

El 6 de octubre de 2017, la EPS COOMEVA impugnó el fallo de primera instancia, con fundamento en los siguientes argumentos:

-El procedimiento “PANEL NGS PARA CÁNCER HEREDITARIO (NGS 25 GENES) O (MY RISK PANEL MULTIGENICO)” solicitado por la usuaria no está incluido en el POS, por lo que debe ser pedido mediante la plataforma MIPRES con justificación del médico tratante, específicamente, las razones por las cuales la paciente requiere un tratamiento que está por fuera del cubrimiento de la UPC.

-El examen ordenado por el médico tratante de la paciente el 5 de julio de 2017, bajo el radicado 2015574, fue consignado en esa misma fecha en un aplicativo de “Solicitudes No Pos”. El 24 de ese mismo mes y año, según la captura de pantalla presentada por la entidad, se observa que la solicitud fue anulada en los siguientes términos “EL CASO ESTA INCOMPLETO: Solicitud Generada por Médico Tratante a la que no se visualiza fórmula médica indispensable para el recobro al fosal (sic).”[18]

- El juez no puede ordenar la realización de un procedimiento que tiene “SOLICITUD MIPRES ANULADA” porque no cumple con los requisitos exigidos por la normativa vigente, pues dicha situación “(...) no solo puede poner en riesgo la vida de la accionante sino que también puede ocasionar una indebida destinación de los recursos públicos para la salud.”[19]

- El Gobierno Nacional definió el Plan Obligatorio de Salud basado en aspectos legales y financieros, de tal suerte que “(...) lo que no está contenido en él, es porque su costo no está previsto en la Unidad de Pago por Capitación (U.P.C.) que es la cifra que mes a mes cada EPS compensa con el sistema; dicho de otra forma es el valor mensual que el Sistema a través del FOSYGA reconoce a las EPS por cada uno de los afiliados que han pagado los

aportes que son propiedad del Sistema y sobre los cuales se compensa.”[20]

- La orden de tratamiento integral a la paciente es improcedente debido a que se sustenta en supuestos futuros e inciertos y presume la mala fe de la EPS, lo cual resulta “inconstitucional”, en atención a que no se ha negado ningún servicio a la usuaria. Finalmente, solicitó que se autorice el recobro al FOSYGA por la prestación de servicios médicos NO POS[21].

E. Decisión de segunda instancia[22]

El Juez Primero Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, a través de sentencia de 9 de noviembre de 2017, confirmó la decisión de primera instancia al determinar que la actora se encontraba en una situación de vulnerabilidad manifiesta. De igual manera, expresó que no le corresponde al juez de tutela definir el valor del procedimiento de salud ordenado ni el término que tienen las EPS para solicitar el reembolso al FOSYGA, pues tal situación escapa al objeto del trámite de la solicitud de amparo[23].

II. ACTUACIONES ADELANTADAS EN SEDE DE REVISIÓN

Con el fin de vincular terceros interesados y contar con mayores elementos de juicio para proveer la decisión, la Magistrada sustanciadora, a través de Auto de 3 de septiembre de 2018[24], ordenó la vinculación al presente trámite de la Alcaldía de Turbo y de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES. De igual manera, decretó la práctica oficiosa de pruebas con la finalidad de tener fundamentos probatorios adicionales de conocimiento sobre los siguientes aspectos: i) el impacto médico y presupuestal de los exámenes de mutación genética en el sistema general de salud, las políticas públicas y los pacientes; ii) la detección temprana de enfermedades; y, iii) el Plan de Beneficios en Salud.

Intervenciones recibidas en cumplimiento del Auto de 3 de septiembre de 2018

Esa entidad, intervino el 14 de septiembre de 2018 y aseguró que no está legitimada en la causa por pasiva, pues dentro de sus funciones no está la prestación de servicios de salud. Desde esa perspectiva, consideró que había falta de lealtad procesal alegar la nulidad advertida en sede de revisión, cuando ese argumento debió ser expuesto en instancias.

Informó que el MIPRES es una “(...) herramienta tecnológica que permite a los profesionales de la salud reportar la prescripción de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o servicios complementarios”[26]. La EPS tenía la posibilidad de prescribir el CENTOCANCER en el MIPRES con el código N°908420 porque es un estudio molecular de genes para definir el riesgo en que se encuentra el paciente. De hecho, a través del “MODULO DE EPS – TUTELAS”[27] también pudo haberlo autorizado.

Aclaró que no tiene injerencia alguna en la gestión de los códigos asociados a los distintos servicios médicos en el MIPRES y destacó que la entidad responsable es el Ministerio de Salud, que solamente fue invitado, no vinculado, a este proceso.

Sobre la facultad de recobro destacó que la misma tiene carácter legal y reglamentario, de modo que “(...) no es una prerrogativa que el Juez Constitucional puede entregar a su antojo”[28] y con el tiempo ha creado expectativas falsas en las EPS que consideran que el mandato judicial de recobro las exime del cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios ante el ADRES. Dicha facultad excede el objeto de la acción de tutela, que es la prestación de los servicios médicos “(...) sin importar si los elementos o tecnologías requeridos se encuentran o no en el Plan de Beneficios” pues el recobro es un trámite administrativo posterior que le corresponde a las EPS y “(...) este tipo de mandatos judiciales prueba la postura ilegal de condicionar la prestación de servicios de salud a la aprobación de un recobro”[29]

Por todo lo anterior solicitó negar el amparo en lo que tiene relación con ADRES y desvincularle de esta acción de tutela. Además, pidió pronunciamiento expreso sobre “i) la existencia probada de un código dentro de la plataforma MIPRES que se ajusta al procedimiento objeto de la presente acción constitucional; ii) la necesidad de evitar la vinculación de la ADRES en acciones de tutela (...) cuya única causa sea la no prestación de servicios de salud, pues cualquier pronunciamiento respecto al trámite administrativo de recobro escapa por mucho a las competencias del Juez Constitucional”[30].

2. Ministerio de Salud y Protección Social[31]

Esa autoridad, con el apoyo entre otras de su Dirección de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud (encargada de proponer los contenidos del Plan de Beneficios con cargo a la Unidad de Pago por Capitación), intervino el 21 de septiembre de

2018 y destacó que el Sistema garantiza el derecho a la salud, a través de la prestación de tecnologías o servicios complementarios con una concepción integral que contempla la promoción, prevención, paliación, atención y rehabilitación de secuelas de la enfermedad.

Expuso que el médico tratante en el marco de su autonomía médica puede prescribir el servicio pertinente para la finalidad del servicio, mediante tres mecanismos:

(i) Protección colectiva asegura las prestaciones de salud que hacen parte del Plan de Beneficios con cargo a la UPC, descritos en las Resoluciones 5269 de 2017 (con sus anexos) y 046 de 2018. Este mecanismo contempla servicios asociados a riesgos individuales que se establecen a partir de un análisis a priori de las necesidades de la población. Los beneficios incluidos en este instrumento de protección del derecho a la salud son garantizados por las EPS con cargo a los recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC), el cual financia “(...) el 86% de los procedimientos en salud y el 54% de los medicamentos, autorizados por la autoridad competente para Colombia”[32].

(ii) Protección individual que “(...) garantiza el acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control y pago”[33] de prestaciones no incluidas en el mecanismo de protección colectiva y de servicios complementarios. Estas prestaciones se financian a través de las entidades territoriales para el régimen subsidiado o a través del ADRES en el caso del régimen contributivo, mediante la gestión de las EPS, pero en ningún caso perciben recursos de la UPC. Las tecnologías en salud que contempla este mecanismo están identificadas[34]. Con la herramienta descrita se financia el 10% de los procedimientos en salud y el 46% de los medicamentos, siempre que estén autorizados por la autoridad competente.

(iii) Exclusiones corresponden a tecnologías o servicios (i) con finalidad cosmética o suntuaria, no relacionada con la capacidad funcional o vital; (ii) sin evidencia de seguridad, eficacia o efectividad clínica; (iii) no autorizados por la autoridad competente (INVIMA[35] o CUPS[36]); (iv) en fase de experimentación; o (v) prestados en el exterior. En ningún caso estos servicios serán financiados con recursos públicos asignados a la salud.

Expresó que el médico tratante o profesional de la salud podrá prescribir la tecnología en salud pertinente para el cumplimiento de la finalidad del servicio, en el marco del principio

de autonomía médica con autorregulación, tal y como lo disponen el artículo 17 de la Ley 1751 de 2015, la Ley 23 de 1981 y las Resoluciones 5269 de 2017, 1885 de 2018, entre otras. De igual forma, los agentes y actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud están sometidos al imperio de la Constitución y la ley y a las decisiones que adopte ese Ministerio en el ejercicio de sus competencias, por lo que son responsables del diligenciamiento adecuado y correcto de la herramienta tecnológica MIPRES, so pena de las investigaciones y sanciones que se impongan por el incumplimiento de sus deberes[37].

Respecto del examen CENTOCANCER la entidad manifestó que es el nombre comercial de un producto de laboratorio clínico que utiliza biología molecular, es decir un panel (conjunto de procedimientos en salud) que tienen como finalidad la identificación de alteraciones genéticas y la realización de pruebas para diagnóstico de 52 condiciones (entre las que se encuentran mutaciones, arreglos y microarreglos, deleciones y duplicaciones de genes) para diferentes patologías entre las que está el cáncer de mama, ovario, colon y de páncreas entre otros[38].

La confirmación clínica de la prueba puede ayudar tanto al tratamiento como al asesoramiento genético frente al paciente y su familia, especialmente en lo relacionado con el curso natural de la enfermedad, el riesgo de transmisión entre la descendencia o “progenie”, riesgos reproductivos y opciones prenatales, que en todo caso genere una mejor calidad de vida del paciente[39]. Indicó que la competencia para establecer el tratamiento derivado del examen de CENTOCANCER es del médico tratante en el marco de su autonomía profesional[40].

En relación con el costo del examen en Colombia, expresó que no es posible establecer su valor ya que se trata de una marca comercial registrada y no se realiza en Colombia, en atención a que su casa matriz se encuentra en Alemania y su centro de procesamiento es CENTOGENE. Señaló que, de acuerdo con el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías que sean prestados en el exterior[41].

Expuso que se han identificado pruebas de exámenes genéticos con nombres comerciales que cumplen funciones similares al objeto de la tutela de la referencia, entre los que se encuentran MAMMAPRINT, MYRISK y BRANCATIX, entre otros. En cualquier caso, advirtió

que los procedimientos en salud deben prescribirse de acuerdo con la Clasificación Única de Procedimientos en Salud-CUPS, contenida en las Resoluciones 5171 de 2017 y 483 de 2018[42].

La interviniente precisó que la competencia y la responsabilidad sobre la pertinencia y necesidad de realizar los procedimientos en salud, especialmente las pruebas genéticas se determinan de la siguiente manera:

- i) La prescribe el profesional de la salud en el marco de su autonomía y bajo criterios de autoregulación, ética, racionalidad y evidencia científica.
- ii) Por los protocolos y directrices de las academias o agremiaciones científicas.
- iii) También se fijan en atención a las guías de práctica clínica y guías de acción integral elaboradas y autorizadas por las autoridades competentes.

Esa entidad analizó el examen CENTOCANCER a la luz de su inclusión o no en el Plan de Beneficios con cargo a la UPC. Inicialmente expresó que, la Resolución 5521 de 27 de diciembre de 2013, vigente desde el 1º de enero de 2014[43], contenía el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC. En su artículo 5º consagró que hacían parte integral de la misma 3 anexos, de los cuales el número 3 se refería al “Listado de procedimientos de laboratorio clínico del Plan Obligatorio de Salud.”, en el que se encontraba el procedimiento denominado “diagnóstico molecular de enfermedades” de acuerdo con el código 908412.

Posteriormente, la Resolución 5269 de 22 de diciembre de 2017, vigente desde el 1º de enero de 2018[44], estableció en su artículo 5º, que integra la misma el anexo 2 “Listado de Procedimientos en Salud del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC”:

“(…) el CENTOCANCER es una prueba genética expresada en marca comercial que se evidencia como una combinación de procedimientos de los cuales algunos se encuentran financiados con la UPC (mecanismo de protección colectiva), como son:

908412 ESTUDIO MOLECULAR DE ENFERMEDADES

908420 ESTUDIO MOLECULAR DE GENES (ESPECÍFICOS)

908423 ESTUDIO MOLECULAR DE DELECCIONES Y DUPLICACIONES ESPECÍFICAS)

908421 ESTUDIO MOLECULAR DE MUTACIONES (ESPECÍFICAS)

Otros procedimientos pese a no ser financiados con recursos de la UPC, hacen parte de la garantía y protección al derecho fundamental a la salud y se pueden prescribir por la herramienta tecnológica MIPRES (mecanismo de protección individual) como son:

908432 BRCA1 Y BRCA2 PERFIL COLOMBIA

908433 BRCA1 Y BRCA2 SECUENCIACIÓN COMPLETA

908434 BRCA1 Y BRCA2 MUTACION FAMILIAR CONOCIDA”[45]

En cuanto al cáncer de mama en la política pública en salud, la autoridad expresó que, en ejercicio de sus competencias, ha priorizado acciones contundentes para garantizar la atención integral de las personas en riesgo o con presencia de cáncer en el país, especialmente el de mama. En desarrollo de lo expuesto, ha adoptado los siguientes instrumentos de política pública: i) el Plan Decenal de Salud Pública 2012-2021; ii) el Plan Decenal para el Control del Cáncer en Colombia 2012-2021; y iii) la Política de Atención Integral en Salud[46].

Estas herramientas de política pública, según el interviniente, tienen los siguientes objetivos comunes: “1) avanzar hacia la garantía del goce efectivo del derecho a la salud, 2) mejorar las condiciones de vida y salud de la población y 3) lograr cero tolerancia frente a la morbilidad, mortalidad y discapacidad evitables.”[47]

En ese sentido, el Plan Decenal de Salud Pública 2012-2021 estableció la dimensión “Vida Saludable y Condiciones No Transmisibles” mediante la cual se definen:

“(…) las políticas e intervenciones sectoriales, transectoriales y comunitarias en pro del disfrute de una vida sana en las diferentes etapas del transcurso de (sic) vida, promoviendo modos, condiciones y estilos de vida saludables en los espacios cotidianos de las personas, familias y comunidades, así como el acceso a una atención integrada de las condiciones no transmisibles (cáncer, diabetes, EPOC, enfermedades cardiovasculares) con enfoque diferencial”[48]

Los objetivos del mencionado componente son los siguientes[49]:

- Promover, desarrollar e implementar una agenda transectorial que eleve como prioridad en las políticas públicas de todos los sectores la promoción de la salud y el control de las enfermedades no transmisibles.
- Favorecer de manera progresiva y sostenida la reducción a la exposición a los factores de riesgo modificables en todas las etapas del transcurso de la vida.
- Generar condiciones y fortalecer la capacidad de gestión de los servicios para mejorar la accesibilidad y la atención integral de las Enfermedades No Transmisibles, para reducir brechas de morbilidad, mortalidad, discapacidad, eventos evitables y en los factores de riesgo modificables.
- Fortalecer la capacidad del país para gestionar y desarrollar la vigilancia, el monitoreo social y económico de las políticas y las intervenciones de salud pública.
- Apoyar y fomentar el desarrollo de capacidades para la investigación en materia de promoción de la salud, prevención y control de las Enfermedades No Transmisibles.

Por su parte, el Plan Decenal para el control del Cáncer en Colombia 2012-2021 determina la hoja de ruta para el control de esta enfermedad en el país y posiciona en la agenda pública el cáncer como un problema de salud pública que moviliza la acción del Estado, la acción intersectorial, la responsabilidad social empresarial y la corresponsabilidad individual. Los objetivos de este instrumento son los siguientes[50]:

- Reducir la prevalencia de factores de riesgo modificables para cáncer.
- Reducir las muertes evitables por cáncer mediante el mejoramiento de la detección temprana y la calidad de la atención.
- Mejorar la calidad de vida de los pacientes y sobrevivientes del cáncer.
- Fortalecer la gestión del recurso humano para el control del cáncer.

Bajo este escenario, el Ministerio insistió que el cáncer de mama tiene carácter prioritario, por lo que las líneas estratégicas del mismo contienen un conjunto de metas y acciones

orientadas a incrementar la prevalencia de factores protectores, así como a aumentar las coberturas de tamización y detección temprana de cáncer de mama y garantizar la oportunidad, continuidad y pertinencia en el diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y cuidado paliativo de las mujeres que lo padecen[51].

Finalmente, ese Ministerio definió la Política de Atención Integral en Salud-PAIS, con el objetivo de mejorar las condiciones de salud de la población mediante la regulación de la intervención de los integrantes sectoriales e intersectoriales de garantizar las atenciones de la promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación en condiciones de accesibilidad, aceptabilidad, oportunidad, continuidad, integralidad y capacidad de resolución[52].

Este instrumento cuenta con un marco estratégico y operacional que corresponde al Modelo Integral de Atención en Salud-MIAS, en el que está contenida la Regulación de las Rutas Integrales de Atención en Salud, que constituye la herramienta obligatoria que define a los actores del sector salud las condiciones necesarias para asegurar la integralidad en la atención[53]. En este componente, el cáncer de mama fue priorizado mediante el diseño y adopción de la Ruta Integral de Atención en Salud para las personas en riesgo o con presencia de cáncer de mama y la Ruta Integral para la promoción y mantenimiento de la salud, de acuerdo con la Resolución 3202 de 2016. Estos instrumentos definen las intervenciones en salud necesarias para la prevención, detección temprana, tratamiento de rehabilitación y cuidado paliativo de las personas con esa patología[54].

El interviniente enfatizó que la prevención y la detección temprana del cáncer de mama es una prioridad en los ámbitos de la política pública en salud, por lo que los instrumentos expuestos previamente centran sus objetivos de acción en reducir los factores de prevalencia de factores de riesgo modificables para cáncer (obesidad, sedentarismo, consumo de tabaco y alcohol entre otros) y reducir las muertes evitables, mediante el mejoramiento del diagnóstico oportuno y la calidad de la atención[55].

En ese sentido, presentó una extensa y detallada reseña de los instrumentos de política pública y demás documentos regulatorios que evidencian las acciones para reducir la exposición a factores de riesgo, promover la adopción de factores protectores, así como orientar las acciones para la prevención secundaria (tamización y detección temprana) y la

prevención terciaria (tratamiento, rehabilitación y cuidado paliativo) del cáncer de mama[56].

Manifestó que la implementación de las intervenciones en salud necesarias para la prevención y detección temprana del cáncer de mama y otras enfermedades catastróficas y de alto costo requieren preliminarmente una partida presupuestaria de 2.5 billones de pesos anuales, de los cuales deben destinarse entre el 10% y el 15% a detección temprana del cáncer de mama, incluidas las tecnologías en salud requeridas para la tamización y diagnóstico de esta enfermedad con cargo a la UPC[57].

En relación con el costo del diagnóstico, procedimiento y medicamentos, expresó que el valor promedio de gasto por paciente es de \$3.210.696.

De otra parte, expuso que en el país son diagnosticadas 7.627 mujeres con cáncer de mama, con una tasa cruda de incidencia de 33.5 por 100.000 y una tasa ajustada por edad de 33.8 por 100.000 habitantes. Igualmente, estimó que esa enfermedad representa el 12% de todos los tipos de esta patología[58].

De igual manera, manifestó que anualmente son reportadas 2226 muertes en mujeres a causa del cáncer de mama, de las cuales el 36.8% corresponde a mujeres mayores de 65 años y el 48% a mujeres entre los 45 y 65 años. El porcentaje restante corresponde a mujeres entre 15 y 44 años[59].

Adujo que, en el reporte de información del Registro Administrativo de Cáncer, creado mediante Resolución número 247 de 2017, proferida por ese Ministerio, en el año 2016 se identificaron un total de 3.954 mujeres reportadas con diagnóstico de cáncer de mama, lo cual representó el 14% de todos los casos nuevos entre hombres y mujeres y el 22% de los cánceres sólo en mujeres reportadas para ese periodo. En dicho registro, identificó que el promedio de edad de las mujeres reportadas con cáncer de mama fue de 60 años[60].

Adicionalmente, puntualizó que la distribución por estadios clínicos y su equivalencia en la clasificación TNM[61] en cáncer de mama en las pacientes diagnosticadas en el año 2016 fue la siguiente: i) estadio TNM I el 7.80%; ii) estadio TNM II el 24.53%; iii) estadio TNM III el 32.34%; iv) estadio TNM IV el 5.39% y con la condición no aplica o no clasificado, el 29.92%[62].

La variación de mortalidad fue explicada por la entidad de la siguiente manera: entre los años 2000 y 2011, el número de muertes registradas por este tipo de cáncer pasó de 1826 defunciones anuales para el periodo 2000-2006 a 2226 muertes anuales para el periodo 2007-2011. Estas cifras corresponden a una tasa ajustada por edad de 9.2 fallecidas por 100.000 habitantes y 9.8 fallecidas por 100.000 habitantes, respectivamente[63].

Expresó que los indicadores mencionados pueden estar influenciados por aspectos biológicos determinantes en la génesis del cáncer, el rendimiento de los modelos de predicción, la fracción de riesgo atribuible de factores externos en el desarrollo de la enfermedad y los procesos de detección y tratamiento de la enfermedad. De esta suerte, la inferencia causal del cáncer y los avances actuales en la comprensión de la biología molecular implican que su desarrollo es una “caja negra por develar”. En ese sentido, la detección temprana no está necesariamente relacionada con uno de los indicadores mencionados[64].

Existen factores de exposición relacionados con cambios metabólicos que pueden generar cáncer, debido a factores ambientales presentes que modifican la expresión genética del paciente, por lo que los modelos probabilísticos no pueden explicar la totalidad del riesgo individual de desarrollar cáncer y menos aún asociarlo a su detección temprana[65].

Explicó que el cáncer tiene diferentes comportamientos y que en esa medida pueden ser de velocidad baja, intermedia y rápida. De esta manera, establecer la causalidad asociada a un indicador de falta de detección temprana es limitada, pues las patologías más veloces podrían ser detectadas avanzadamente (estadios clínicos avanzados) y algunas de las más lentas serán detectadas tempranamente (estadios clínicos tempranos) o sobre diagnosticados (cánceres cuya progresión sea extremadamente lenta y no requieran de tratamiento)[66].

No obstante, adujo que, de acuerdo con el tipo de cáncer y su comportamiento biológico, la detección temprana del mismo “(...) mostrará beneficios netos como la disminución en el número de muertes prematuras y disminución en las cifras de mortalidad absoluta.”[67] Insistió en que:

“(...) el país avanza en la meta de reducir los factores de riesgo modificables para la ocurrencia de este cáncer, así como la mortalidad evitable, para lo cual las disposiciones de

la política pública en salud orientadas a la colectividad se soportan en la mejor evidencia científica disponible donde la recomendación general para controlar la incidencia es promover la adopción de modos, condiciones y estilos de vida saludables, así como avanzar en la implementación de programas organizados de tamización (...) y se determinen las acciones pertinentes para el diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y cuidado paliativo, todo con el objetivo principal de disminuir la mortalidad por cáncer de mama y a su vez identificar el cáncer de mama en estados clínicos tempranos para mejora el pronóstico de los pacientes. Los países de altos ingresos han puesto en marcha programas organizados de detección temprana que han logrado disminuir la tasa de mortalidad por cáncer de mama en aproximadamente 2.2% anual.”[68]

De otra parte, expuso que la Organización Mundial de la Salud-OMS consagró 10 criterios para establecer si una intervención puede hacer parte de un programa de tamización, entre los que se encuentran los siguientes:

- La condición observada debe ser un problema importante de salud,
- Debe haber un tratamiento aceptado para los pacientes con la enfermedad identificada, y el tratamiento debe ser el mejor en los estadios tempranos.
- Debe haber lugares para el diagnóstico y tratamiento.
- Debe ser una enfermedad latente o detectable en estadios iniciales.
- Debe ser una prueba o un examen adecuados para la población.
- Debe ser un test aceptable para usar en la población.
- La historia natural de la condición incluye el desarrollo de una enfermedad declarada, la cual debe ser adecuadamente entendida.
- Debe haber un acuerdo político en cuanto a quienes se tratan como pacientes.
- El costo (incluyendo diagnóstico y tratamiento de los pacientes diagnosticados) debe ser económicamente balanceado en relación con las posibilidades del cuidado médico como un todo.

- Los casos encontrados deben buscarse continuamente mas no ser una estrategia de una sola vez para todo.

Con base en lo expuesto, manifestó que: “(...) los usos clínicos de la detección de mutaciones genéticas no están directamente relacionados con actividades de tamización poblacional al no cumplir con la totalidad de los criterios establecidos por la Organización Mundial de la Salud (...) En consecuencia, el impacto médico, social, económico y financiero de la realización de pruebas de genéticas como medida de tamización poblacional no está disponible.”[69]

Precisó que la detección temprana del cáncer en estadios tempranos reducirá la morbilidad relacionada con las terapias, lo que permite abordajes menos intensos como cirugías, radiación o quimioterapia, siempre que se tenga en cuenta el contexto de variantes clínicas de la enfermedad y su comportamiento En ese sentido, la detección temprana de la patología tiene como objetivo la reducción del número de personas que mueren o la padecen[70].

Finalmente, puntualizó que la tamización tiene costos de oportunidad en la población, que incluyen actividades que pueden ser omitidas por el tiempo, el esfuerzo y los recursos necesarios para participar de un programa de tamización. Los mismos abarcan omisiones de otras actividades relacionadas con la salud, como la realización de actividad física, tabaquismo o tratamiento para otros problemas[71].

3. Instituto Nacional de Salud – INS

La Directora General del Instituto afirmó, en primer lugar, que el examen CENTOCANCER, es una prueba genética consistente en la extracción del DNA de “>2ug de ADN o >1ml de sangre con el anticoagulante EDTA”[72] a partir de la cual, se analiza la presencia de algunas mutaciones “en la región codificante (exones) de un grupo de genes”[73] asociados con diferentes tipos de cáncer[74].

Sobre el propósito y beneficios de este examen para los pacientes con cáncer de mama, sostuvo que permite evaluar algunos genes que se consideran factores de riesgo y de susceptibilidad a determinados tipos de cáncer, tales como cáncer de seno, por lo que su beneficio principal es brindar al paciente información sobre los miembros de la familia que

podrán desarrollar este tipo de cáncer en algún momento de su vida.

Sin embargo, la validación científica y certeza de este examen, en su concepto, aún no puede ser asegurada del todo pues es una prueba que no está validada y se requieren más estudios para determinar su nivel de eficiencia como herramienta de diagnóstico y determinación de pronóstico y riesgo, toda vez que “el cáncer es un problema de salud que depende de la compleja interacción entre múltiples factores genéticos, epigenéticos y ambientales”[75].

En lo que respecta a exámenes iguales o similares al CENTOCANCER, la interviniente arguyó que el Instituto Nacional de Cancerología es la entidad que puede tener dicha información.

Finalmente, argumentó que de acuerdo con la literatura especializada, este tipo de exámenes genéticos deben ser recomendados por un médico genetista “a los individuos a los que se sospecha pueden tener un cáncer de tipo heredo-familiar. Específicamente, es recomendable practicarse a individuos con antecedentes personales positivos de cáncer de aparición temprana, cáncer bilateral o múltiples cánceres primarios”[76].

4. Fondo Colombiano de Enfermedades de Alto Costo (Cuenta de Alto Costo)

Esta entidad resaltó que el CENTOCANCER es una prueba genética a través de la cual es posible detectar alteraciones en 31 genes, permite valorar el riesgo de desarrollo de un cáncer hereditario[77] y su objetivo es implementar medidas certeras de prevención que impidan la aparición o, en el caso del cáncer de mama, incluso la repetición de la enfermedad.

No aplica para todas las personas sobre las que haya sospecha de cáncer, sólo es efectivo en aquellas con un nivel de riesgo considerable de cáncer hereditario. Por lo tanto, practicarlo sin tener en cuenta esta característica no solo pone en riesgo al paciente, sino que compromete la sostenibilidad del sistema de salud al desconocer uno de sus criterios de efectividad, el cual es la existencia de antecedentes familiares de cáncer.

La práctica del CENTOCANCER puede reducir el número de personas con cáncer familiar y aumentar la supervivencia de quienes ya lo padecen. Su utilización es efectiva en personas

con historia familiar de la enfermedad y es empleado como parte de un proceso de consejería genética, a través de la cual es posible, para el médico tratante, determinar con exactitud el riesgo del paciente e incrementar el conocimiento existente sobre el cáncer de mama.

En consonancia con ello, la Guía de Práctica Clínica relacionada con el cáncer del Ministerio de Salud y Protección Social refiere que en caso de riesgo elevado o más allá del elevado, asociados a la presencia de la enfermedad en miembros de la familia, es preciso remitir al paciente al servicio de genética.

Este Fondo informó que, en relación con los fines del CENTOCANCER, puede afirmarse que “es similar (...) [a] otras pruebas que incluyan los genes relevantes en el desarrollo del síndrome hereditario de cáncer de mama”[78] en lo que atañe a sus beneficios, pero no hay estudios científicos de comparación con otras pruebas.

En el país sólo existe una prueba que cumple el mismo fin general de este examen[79]: el MYRISK. Se trata de un test que difiere del CENTOCANCER en tres aspectos. El primero, el total de genes analizados y la “penetrancia” o riesgo medido para cáncer de mama[80]. El segundo es su costo, el CENTOCANCER cuesta en el mercado colombiano \$7’520.000 y el MYRISK tiene un valor de 10’980.000. Finalmente difieren en cuanto al lugar de procesamiento, pues, aunque ambos procedimientos se hacen en el país bajo los códigos 90.8.4.12, 90.8.4.20 y 90.8.4.24[81] de la CUPS, el CENTOCANCER se procesa en Alemania y el MYRISK en Estados Unidos.

Por último, la Cuenta de Alto Costo precisó que el Gobierno Nacional ha desarrollado estrategias de prevención del cáncer de mama, entre las que está el diseño y la evaluación de indicadores de riesgo para intervenir efectivamente en los procesos efectuados por EPS e IPS en relación con la enfermedad, de modo que desde 2015 es posible monitorear dichos procesos y hacer seguimiento a las políticas públicas relacionadas con esa condición.

Esa entidad expresó que “El costo en Colombia para cáncer de mama fue analizado por estadio en un estudio de costos directos de cáncer de mama teniendo en cuenta la información reportada para la base de suficiencia de UPC y se estimó también el tarifario SOAT y el Tarifario ISS”[82]. En tal sentido, precisó que los costos en el tratamiento de una paciente de cáncer de mama varían según su estadio de (i) \$9.386.758 en fase In situ, (ii)

\$47.561.470 en estadios I a IIA, (iii) \$51.236.775 en estadio IIB, (iv) \$55.927.685 en los estadios IIIA a IIIC y (v) \$109.176.367 estadio IV. Además, precisó que el 2017 se registró un total de casos de cáncer de mama de 50.8887, número que aumento respecto del registrado en 2015 (37.749) y 2016 (43.846).

5. Laboratorio Médico Las Américas Ltda.

La representante del laboratorio aseveró que el examen CENTOCANCER es una prueba diagnóstica registrada por el laboratorio CENTOGENE, que analiza 31 genes[83] relacionados con cánceres hereditarios, entre los cuales se encuentra el de mama, ovario, colon, endometrio, próstata y hepático. Al tenerse la muestra de ADN del paciente, se estudia la secuencia de nucleótidos de cada gen por la “tecnología conocida como secuenciación de próxima generación (Next Generation Sequencing, NGS)”[84]. De esta forma, se compara el ADN del paciente con el genoma humano sano o de referencia, “(...) para observar la presencia o ausencia de algún cambio que pueda explicar el estado patológico observado”[85].

Los genes que se relacionan directamente con el cáncer de mama y son analizados por este examen son: ATM, BARD1, BRCA1, PALB2, BRCA2, BRIP1, RAD51C, CHEK2, RAD51D, y TP53[86].

En concordancia con lo anterior, afirmó que el CENTOCANCER y pruebas genéticas similares, según la Sociedad Americana de Oncología Clínica, tienen como principal beneficio identificar los cánceres que un paciente y su familia tienen mayor riesgo de padecer, con lo que se obtiene mayor vigilancia de dicho riesgo o para tomar medicación preventiva o realizar cirugía profiláctica.

Además, argumentó que los beneficios que aporta el examen ante un resultado positivo son: (i) determinar la causa de aparición del cáncer; (ii) establecer el estado actual de la patología; (iii) permitir al médico tratante tomar “decisiones terapéuticas basadas en la mutación genética encontrada”[87]; y (iv) conocer los cuidados futuros de salud que debe tomar el paciente. Sin embargo, aclaró que “(...) este tipo de pruebas deben hacerse en estadios tempranos para ver su real beneficio”[88].

Por su parte, un resultado negativo en el examen permite, entre otros, tener conocimiento

de que los hijos del paciente no tienen riesgo de heredar predisposición alguna a la enfermedad y “la posibilidad de que exámenes especiales, pruebas o cirugías preventivas pueden no ser necesarias”[89].

Por lo anterior, consideró que el CENTOCANCER es un examen que permite “(...) tomar decisiones que ralentizan la evolución del cáncer o incluso eliminarlo en su totalidad”, pues gracias al examen de panel genético las mujeres con cáncer de seno tienen mejor expectativa de vida[90].

Ahora bien, en lo que respecta al tipo de tratamiento médico que se puede derivar de la realización del CENTOCANCER, la representante del laboratorio sostuvo que la Sociedad Americana de Oncología Clínica determinó que, por ejemplo, en pruebas BRCA para cáncer de mama, si se detectan mutaciones en los genes BRCA1 o BRCA2, los pacientes podrán considerar como tratamiento el platino, ser candidatos para “ensayos clínicos con inhibidores de PARP” o la mastectomía bilateral[91].

Sobre el costo del examen CENTOCANCER en Colombia, arguyó que el laboratorio realiza un examen genético para cáncer hereditario muy similar, compuesto por los mismos genes, por un valor que va desde “5 genes por \$1.142,81 dólares americanos o \$4.441.200 pesos colombianos, hasta 49 genes por \$2.005,31 dólares americanos o \$7.776.968 pesos colombianos”[92].

Posteriormente, afirmó que otros laboratorios que realizan exámenes similares al CENTOCANCER en Colombia son: “Genetix, Unigem, Genética Molecular de Colombia, Instituto de Referencia Andino, Prolab, Instituto Nacional de Cancerología”[93]. A nivel internacional, los laboratorios que realizan la prueba genética son, entre otros: “Myriad, Health in Code, Sistemas Genómicos, Mendelics, Cidegen”[94].

Seguidamente, especificó los exámenes similares al CENTOCANCER que algunos de los mencionados laboratorios llevan a cabo[95]:

(i) MYRIAD: MYRISK 28 genes.

(ii) HEALTH CODE: Panel de Cáncer de mama, 2 y 10 genes.

(iii) Sistemas Genómicos: ONCO GENEPROFILE, 111 genes.

(iv) MENDELICS: Panel de cáncer hereditario principales, 37 genes; Panel de cáncer hereditario completo, 206 genes.

(v) CIDEGEN: Panel de cáncer hereditario (femenino), 49 genes.

Sobre los precitados exámenes, puntualizó que la guía del American College of Medical Genetics and Genomics establece que los laboratorios que hacen diagnóstico de enfermedades mediante la secuenciación genética deben cumplir con un mínimo de cobertura de “20X” por gen, lo que permite inferir que entre más genes sean analizados, más fiable es la prueba.

En consecuencia, para determinar el examen más beneficioso para un paciente, la representante del laboratorio sostiene que es de vital importancia el criterio médico, “(...) ya que este es el que estudia la historia familiar, los antecedentes del paciente y los estudios patológicos (biopsias), los cuales permiten entender qué genes pueden estar implicados en el cuadro clínico a estudiar”[96].

Sobre el particular, afirmó que algunas características personales y/o familiares que se deben tener en cuenta para realizar el examen CENTOCANCER o similares para cáncer de mama, son: (i) estar en la edad de inicio de cáncer de mama “<50”; (ii) herencia judía asquenazí y antecedentes de cáncer de mama a cualquier edad; (iii) antecedentes de cáncer de mama masculino en la familia; (iv) ser portador de mutaciones conocidas en la familia; y (v) historial familiar o personal de cáncer de ovario, trompas de Falopio o peritoneal primario[97].

Finalmente, aseguró que el código 908412 “Estudio molecular de enfermedades”, se encuentra en el Plan de Beneficios de Salud, establecido en la Resolución 5521 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social. Por su parte, sostuvo que el código 908420 “Estudios moleculares de genes (específicos), se encuentra consagrado en la Resolución No. 6408 de 2016, con cargo a la Unidad de Pago por Capitación[98].

6. Fundación Ellen Riegner de Casas

Esta Fundación aseguró que el CENTOCANCER es una prueba diagnóstica que analiza genes relacionados con el riesgo de cáncer hereditario. Está dirigido a personas con una historia

familiar de antecedentes de esa enfermedad y a las que quieren identificar el riesgo que tienen de padecerla por sus condiciones y estilo de vida.

El cáncer es una enfermedad genética[99], “Los genes llevan las instrucciones para producir proteínas, las cuales hacen mucho del trabajo en nuestras células. Ciertos cambios génicos pueden causar que las células evadan los controles normales de crecimiento y se hagan cancerosas”[100] a raíz de cambios que pueden heredarse. Las pruebas genéticas para síndromes hereditarios del cáncer, como el CENTOCANCER, rastrean cambios hereditarios en los cromosomas, genes o proteínas de una persona para establecer el riesgo que tiene de padecer cáncer, aun en el evento de ser asintomático.

Ante la carga creciente del cáncer en el perfil de salud de los colombianos, el Plan Decenal para el Control Integral del Cáncer 2012-2021 pretende controlar en forma efectiva esa enfermedad a través de transformaciones en el estilo de vida de la población. El control de la enfermedad abarca su prevención, diagnóstico temprano, tratamiento, atención paliativa y la atención a los supervivientes, y es claro que

“(…) cuando se identifica temprano, tiene más probabilidades de responder al tratamiento efectivo, lo que resulta en una mayor probabilidad de sobrevivir, así como menos morbilidad y menos tratamientos costosos. El valor de detectar el cáncer temprano es claro, y las mejoras significativas se pueden hacer en la vida de los pacientes con cáncer”[101]. Además, “[l]a detección temprana del cáncer (…) reduce (…) su impacto financiero: no solo es muy inferior el costo del tratamiento en las primeras fases sino que quienes lo padecen pueden seguir trabajando y dando apoyo a sus familias si reciben un tratamiento eficaz a tiempo”[102].

7. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

La asesora jurídica del Ministerio alegó que las preguntas hechas por esta Corporación en Auto del 3 de septiembre de 2018 deben ser resueltas por el Ministerio de Salud y Protección Social, “de acuerdo con sus funciones respecto del establecimiento de la política pública en materia de salud”, razón por la cual, no interviene dentro del proceso[103].

8. Laboratorio Genes

La Directora de Calidad dio a conocer que el laboratorio presta los servicios de: (i) pruebas de paternidad; (ii) pruebas de paternidad prenatal; (iii) pruebas de consanguineidad; (iv) perfil genético; y (v) pruebas de ancestralidad, análisis de linaje masculino[104].

9. Instituto de Genética de la Universidad Nacional de Colombia

Para la entidad, el CENTOCANCER es un examen que analiza un panel de genes con el propósito de identificar mutaciones en la línea germinal o somática, con el propósito de determinar susceptibilidades genéticas para el cáncer hereditario y, en algunos casos, para el esporádico[105]. Las muestras se toman en el país y su análisis se hace en Alemania, con el simple consentimiento del paciente[106].

A nivel internacional existen varias pruebas que cumplen los mismos objetivos que el CENTOCANCER, y en Colombia existen laboratorios que hacen el proceso de toma de muestra y análisis en el territorio nacional. En cualquier caso, este tipo de pruebas genéticas puede solicitarse bajo el código CUPS 908412.

10. Departamento Nacional de Planeación (DNP)

El DNP destacó que como quiera que la Política Pública de Salud es competencia del Ministerio de Salud y Protección Social, no cuenta con toda la información para resolver el cuestionario formulado. No obstante, hizo alusión a los objetivos de la Política Nacional para el Control de Cáncer en Colombia 2012-2020, que aportó.

11. Universidad de Los Andes

El apoderado de la universidad manifestó que debido a compromisos académicos y contractuales previos, no hay personal disponible para realizar los estudios solicitados por esta Corporación[107].

12. Centro de Investigaciones para el Desarrollo de la Universidad Nacional de Colombia

La subdirectora del Centro de Investigaciones informó que luego de socializarse el caso con la planta profesoral, a la institución no le es posible dar respuesta a la invitación efectuada por la Sala dado que no cuenta con expertos disponibles para asumir y desarrollar los temas que se discuten[108].

13. Universidad de Salamanca

El representante de la universidad sostuvo que el conocimiento limitado de la configuración de las políticas de salud en Colombia, impiden al centro académico emitir respuesta adecuada a la consulta formulada por esta Corporación[109].

14. Centro de Investigaciones Económicas y Sociales de la Universidad Central

La directora jurídica de la institución educativa informó que las políticas de salud pública en Colombia, específicamente en el tema de cáncer de mama y relacionados, “(...) no son objeto de investigación del CIES y que, en el historial de proyectos de investigación registrados no hay un desarrollo investigativo sobre las temáticas consultadas”[110] por esta Corporación. Por lo anterior, el centro académico se abstuvo de dar respuesta a la invitación del 3 de septiembre de 2018.

15. Doctor Carlos Alberto Restrepo Ramírez[111]

El Doctor Restrepo, médico tratante de la accionante, afirmó que el estudio de alteración genética que ordenó a la señora González Córdoba tiene como finalidad identificar la existencia de alguna mutación genética específica que represente un aumento del riesgo de padecer “(...) cáncer contralateral de mama, cáncer de ovario o tenga (sic) algún síndrome genético que la predisponga de otros cánceres relacionados”[112]. Lo anterior, con el propósito de tomar las medidas preventivas requeridas.

Adicionalmente, sostuvo que existen otros exámenes genéticos similares al CENTOCANCER, como el test denominado “MYRISK”, cuya muestra se toma en el país pero se procesa en el exterior, ya que “las pruebas deben tener una profundidad mínima de 500x y cobertura del 99%”[113].

16. Instituto Nacional de Cancerología

A través de su Subdirección de Investigaciones, Investigación y Vigilancia Epidemiológica, destacó que el CENTOCANCER es un panel de 56 genes secuenciados en forma simultánea para detectar mutaciones genéticas de riesgo para cánceres hereditarios, que oscilan entre el 5% y el 10% de los casos en el país. A través de este examen pueden advertirse el 85% de las mutaciones genéticas, pero no tiene incidencia en el reconocimiento del 12% de

ellas, por lo que un resultado negativo del CENTOCANCER no es definitivo para su propósito y, en todo caso, resultaría inconcluso[114].

Si bien el CENTOCANCER analiza 56 genes sobre los que tiene alta cobertura, esta no es completa. Esta prueba solo asegura la cobertura íntegra sobre tres genes: BRCA1, BRCA2 y TP53. Los dos primeros son los genes con mayor riesgo para el cáncer de mama (de entre 70% y 80% de presentar cáncer de mama por primera vez y de 40% a 60% de desarrollar un segundo cáncer de mama). También analiza el gen PALB2 de alto riesgo para cáncer hereditario de mama y TP53, CHEK2 y ATM asociados a un riesgo moderado de la misma enfermedad. Entonces el CENTOCANCER es de amplia utilidad ante la sospecha de la existencia de un componente hereditario de cáncer de seno.

Esta prueba solo debe ofrecerse cuando el paciente cumpla con los criterios de sospecha[116], identificados a partir de su historia personal o familiar. En el caso específico de la accionante, aquellos se encuentran satisfechos por el sexo de la paciente y su edad, como quiera que es una mujer menor de 45 años con diagnóstico de cáncer de mama.

El costo del CENTOCANCER en Colombia es de \$4.575.000, pero en el país existen otras pruebas similares en tanto son paneles multigen para estudiar mutaciones genéticas asociadas a cáncer hereditario. Sin embargo, en relación con los genes BRCA1 y BRCA2 que son los de mayor utilidad clínica en relación con el cáncer de mama, tienen buena cobertura a través de aquéllos, pero no incluyen técnicas adicionales para detectar grandes duplicaciones y suplir las falencias del CENTOCANCER. Dentro de las pruebas comparables se encuentra el MYRISK que incluye el análisis de “(...) menos genes”[117], pero en todo caso analiza aquellos que representan más alto riesgo para el cáncer de mama. Para esta entidad es claro que no existen procedimientos convencionales comparables con los paneles multigenes como el CENTOCANCER; estos son, sin lugar a duda, los más costo-efectivos.

La Resolución 5521 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social incluye en el Plan de Beneficios en Salud el diagnóstico molecular de enfermedades con el código 908412, con una denominación amplia y ambigua al no limitarse al cáncer o a enfermedades específicas. La Resolución 5269 de 2017 adicionó los códigos 908420 (estudios moleculares de genes específicos), 908421 (estudio molecular de rearrreglos específicos), 908422 (estudio

molecular de exones específicos), 908423 (estudio molecular de deleciones y duplicaciones específicas) y 908424 (estudio molecular de mutaciones específicas), sin una directriz nacional para solicitar, a través de alguno de ellos, las pruebas genéticas orientadas a detectar cáncer hereditario. Entre dichos códigos el más empleado para efectuar pruebas como el CENTOCANCER es el 908420 aunque cada EPS cuenta con códigos propios para solicitarlo, situación que incrementa los niveles de confusión al respecto.

Por último, el Instituto Nacional de Cancerología señaló que en la Política Pública en salud la prevención del cáncer tiene dos líneas estratégicas: el control del riesgo asociado al estilo de vida de la población colombiana y la detección temprana de la enfermedad. La prevención del cáncer de mama es necesaria en tanto se perfila como un problema de salud pública que precisa de la implementación prioritaria de estrategias al respecto, y en Colombia hay una “(...) tendencia creciente de este tipo de cáncer”. En el país, informó que entre los entes territoriales que “(...) tienen la mayor prevalencia de este tipo de cáncer en el país” está el departamento de Antioquia[118].

Para prevenir el cáncer en general, están previstas múltiples fuentes de financiación como lo es la UPC, el Sistema General de Participaciones, el Presupuesto General de la Nación destinado a la promoción, prevención e investigación y los recursos asociados al monopolio rentístico de juegos de suerte y azar[119].

Sobre los costos del tratamiento de un paciente con cáncer de mama, este Instituto informó que ellos varían conforme el estadio en el que se encuentre el desarrollo de la enfermedad: \$8.996.987 en estadio in situ, \$51.934.885 en estadio I a IIA, \$55.412.909 en estadio IIB, \$63.912.213 en estadio IIIA a IIIC, \$144.400.865 en estadio IV, \$137.907.393 frente a una recaída sistémica y de \$68.678.603 ante una recaída local.

Respecto del impacto de los exámenes como el CENTOCANCER en el Sistema de Seguridad Social en Salud, el Instituto Nacional de Cancerología enfatizó que, entre los factores de riesgo de cáncer de mama, tan solo entre el 5% y el 10% de los casos obedecen a factores hereditarios. Sin embargo, entre el 69% y el 72% de las mujeres con mutación genética en los genes de mayor riesgo de cáncer de mama presentan esta enfermedad en algún momento de su vida y, adicionalmente, tienen riesgo de padecer un nuevo cáncer en la mama contralateral tras su primer diagnóstico; para ellas la identificación del riesgo resulta

trascendental.

La práctica del examen tiene beneficios asociados a la toma de decisiones sobre los cuidados futuros que precisa el paciente en particular, con el fin de llevar a cabo un adecuado y efectivo programa preventivo de la enfermedad, pero como quiera que implica a la familia, puede suscitar “efectos perjudiciales en las emociones”[120] de sus miembros, cuyo tratamiento quedaría incluido en la realización de este procedimiento. Ello, aunado a que las mutaciones en los genes con mutaciones relacionadas con el cáncer de mama son poco comunes, imponen que la prescripción del examen se haga ante una sospecha fundada de la presencia alteraciones en ellos y hacerse con criterios precisos de efectividad.

Finalmente, el Instituto aseguró que la prescripción de este tipo de prueba genética sobre los genes BRCA “(...) no es financiada por el plan obligatorio de salud, sin embargo la guía de atención integral en cáncer de mama desarrollada y publicada en 2011, hace una clara mención de las indicaciones en que se hace válida la prescripción”[121] de la misma.

17. Laboratorio de Genética de la Universidad Industrial de Santander

La directora del laboratorio expuso que el examen CENTOCANCER es una prueba genética, compuesta por un panel específico y sensible compuesto inicialmente “por 31 genes y actualmente por 56 genes, seleccionados por su alto potencial de riesgo para desarrollar cáncer hereditario, altamente penetrante”, en la cual se usa la tecnología NGS (Next Generation Sequencing)[122]. Su principal objetivo es evaluar el riesgo heredado para 15 tipos diferentes de cáncer, entre los que se encuentra el de mama, con el propósito de adoptar las conductas de manejo y estrategias de prevención específicas para la patología.

En lo referente al cáncer de mama, señaló la interviniente que la prueba evalúa los genes: “ATM, BRCA1 y BRCA2, CDH1 y CHECK, PTEN, RAD50, SPK11 y TP53”, por lo que, ante un resultado que detecte mutación en alguno de esos genes, permite determinar el tratamiento más adecuado, que puede incluir “(...) manejo quirúrgico, quimioterapia y hasta radioterapia”[123].

Sobre la validación científica y certeza del examen, argumentó no tener información

suficiente al respecto, por lo que mencionó que en la página web del NCBI que pertenece a la Biblioteca Nacional de Salud de USA, al digitar el nombre del examen CENTOCANCER, se relacionan un número importante de estudios académicos y referencias bibliográficas que permiten establecer su eficiencia, validación clínica y eficacia. Posteriormente, especificó que el CENTOCANCER es útil y eficaz para el manejo del cáncer de mama, “(...) siempre y cuando se trate de un síndrome de cáncer hereditario”[124].

De igual forma, manifestó no tener conocimiento del costo del examen en Colombia, ni de IPSs o laboratorios clínicos que lo realicen en el territorio nacional. Sin embargo, mencionó que a nivel internacional el laboratorio CENTOGENE realiza el test genético.

En cuanto a exámenes similares al CENTOCANCER, hizo referencia a la prueba MYRISK ofrecida por GENCELLPHARMA. El citado test analiza 25 genes seleccionados por su potencial dentro del cáncer hereditario, entre los que se incluyen los genes del síndrome de cáncer de mama “(...) en un número menor al que contiene el de CENTOCANCER”[125], pues no analiza los genes ATM y RAD50, diferenciándose así ambos exámenes.

En este punto, afirmó que el examen MYRISK puede dar un resultado negativo en los genes que analizan el cáncer de mama, lo que permite concluir que la paciente no sufre la patología por razones hereditarias, por lo tanto, para descartar una mutación diferente o circunscrita solo en el tejido mamario, es necesario hacer el análisis de los dos genes que no analiza la prueba pero que sí se incluyen en el test CENTOCANCER.

Por último, sostuvo que los códigos 908412 y 908420 consagrados en las Resoluciones 5521 de 2013 y 6408 de 2016, pueden cubrir esta clase de exámenes por lo que se entienden incluidos en el Plan de beneficios. No obstante, hizo la salvedad de que la Resolución 1132 de 2017 “MSP cobertura Plan de Beneficios de Salud con cargo a la UPC”, estableció que no está cubierta por el Plan de Beneficios la prueba con CUPS 908433 “para el diagnóstico de Cáncer de mama pruebas Secuenciación completa genes BRCA1 y BRCA2”[126].

18. Universidad de Antioquia

El Vicedecano de la universidad informó a esta Corporación la imposibilidad de responder al auto del 3 de septiembre de 2018, por la alta carga laboral de los docentes y falta de recursos propios para contratar personal que responda el requerimiento probatorio[127].

19.Genética Molecular de Colombia

El Director de Estudios Moleculares informó que dentro de su portafolio de servicios no cuenta con el estudio genético de la marca comercial CENTOCANCER[128].

Posteriormente, en escrito allegado a esta Corporación el 26 de septiembre de 2018, dio a conocer que el examen CENTOCANCER es el nombre comercial de un test genético realizado por una empresa alemana llamada CENTOGENE, a través del cual se determina el riesgo de padecer cáncer hereditario. El nombre genérico, no comercial, de dicho examen es “(...) panel de AND multigenético para cáncer hereditario”[129] y a diferencia de otros exámenes, incluye genes para el cáncer de mama y ovario como BRCA1, BRCA2, ATM, BARD1 y otros.

El interviniente consideró que este examen permite realizar cirugías profilácticas antes de la manifestación de tumores en las personas que obtengan resultados de probabilidad de presentar cáncer o “penetrancia” elevados[130].

Seguidamente, aseveró que el cáncer hereditario ocupa solo el 5-10% de todos los cánceres a excepción del de mama que ocupa el 20% de los casos, por lo que la realización de este examen y la posibilidad de tomar medidas preventivas evita que el periodo de vida en las mujeres con esta patología se acorte hasta en 19 años.

A continuación, afirmó que no existe evidencia del nivel de validación científica del CENTOCANCER, pero la literatura científica muestra una amplia gama de estudios que dan cuenta de cada uno de los 56 genes analizados para el diagnóstico de cáncer hereditario.

Acto seguido, refirió que INVITAE es una empresa norteamericana que ofrece un test genético más amplio que el CENTOCANCER, pues estudia 86 genes, es decir, 30 más que la prueba mencionada[131].

En lo que respecta al tratamiento médico que se deriva de la realización del CENTOCANCER, el interviniente refirió que este se enmarca en la medicina personalizada o de precisión y dependerá de la mutación genética que se detecte[132].

Sobre el precio del examen CENTOCANCER en Colombia, el director aseguró no tener conocimiento de dicha información, y sostuvo que el panel multigenético de cáncer de

mama se puede realizar en el país o en el exterior, pero para comprender su diferencia, expuso los 4 procedimientos básicos para su realización: (i) la toma de muestra, que puede ser sangre, saliva, tejido o del tumor; (ii) secuenciación en un equipo NGS “de secuenciación de siguiente generación, para obtener los hallazgos biológicos para cada gen”; (iii) análisis bioinformático computacional de los resultados y su comparación con bases de datos públicas y privadas de mutaciones identificadas; y (iv) elaboración del informe de resultados, que se soporta en la evidencia científica[133].

Los laboratorios internacionales ofrecen estas pruebas en el país porque, según el interviniente, estos cuentan con algunas ventajas competitivas frente a los nacionales, a saber: “1. Menor precio derivado de las miles de muestras que procesan (...); (ii) Acceso a bases de datos públicas y privadas (que pueden no estar al acceso del laboratorio nacional) que les permiten clasificar mejor las variantes y mutaciones identificadas, con lo cual se evita un mayor número de casos reportados como falsos negativos”[134].

De esta forma, concluyó que los laboratorios extranjeros realizan estas pruebas en Colombia, por su facilidad de operación y ventajas frente a los centros de estudio genético nacionales.

Ahora bien, sobre exámenes iguales o similares al CENTOCANCER, que analiza 56 genes y tiene un costo de hasta \$3450 euros, arguyó que no existen, toda vez que los laboratorios libremente escogen y agrupan los genes que analizan y ofrecen al público “(...) usando criterios distintos y particulares de selección”. No obstante, una prueba equivalente es MYRISK de MYRIAD GENETICS, laboratorio estadounidense que incluye solo 28 genes, pero “(...) promete ser capaz de identificar hasta 15 tipos de cáncer hereditario con librerías genómicas exclusivas y mutaciones identificadas en una base de datos de más de 22 mil personas con cáncer hereditario”[135]. Además, adujo que el costo del test MYRISK en Estados Unidos es de \$375 dólares y ofrecen una financiación sin cargo a las mujeres con cáncer durante 25 meses con un pago mensual de \$15 dólares, para que puedan practicarse el test, a comparación de Colombia, donde el examen puede costar “(...) muchas veces más, debido a los costos de intermediación y mercadeo de la misma”[136].

Otros exámenes semejantes al CENTOCANCER son igualmente desarrollados en

Norteamérica y se denominan, por un lado, COLOR de COLOR GENOMICS, que analiza 30 genes y tiene un precio de \$249 dólares. En segundo lugar, los análisis de ADN ofrecidos por el laboratorio INVITAE, cuyos precios varían de \$250 a \$1500 dólares, de acuerdo con el número de genes que se estudien. Por último, hizo mención del panel genético comprensivo para cáncer de mama que desarrolla GENDIA, laboratorio europeo, que estudia 116 genes y tiene un costo de \$1290 euros[137].

Por otro lado, argumentó que son varios los factores que se deben tener en cuenta para determinar las personas que deben practicarse el examen CENTOCANCER o similares, entre las que se encuentran: (i) tener dos o más familiares con cáncer de mama, ovario y pancreático; (ii) tener familiares con múltiples cánceres primarios o de mama bilateral; (iii) riesgo de cáncer de mama pre-menopáusico, triple negativo en una edad joven, es decir, menor de 45 años; (iv) antecedentes de cáncer de mama en un familiar hombre; y (v) pertenecer a grupos étnicos de alta frecuencia de mutación en los genes BRCA, tales como los judíos askenazíes[138].

En lo relacionado con el nivel de eficiencia del CENTOCANCER, especificó que “(...) no es comparable de manera directa con los procedimientos tradicionales o convencionales, entendidos estos como el análisis independiente de los genes BRCA 1 y BRCA2, para la identificación de formas hereditarias de cáncer”, pues tiene mayor sensibilidad para determinar cualquier mutación en genes que sean de mayor o menor incidencia en el cáncer de mama.

A modo de conclusión, afirmó que la prueba genética CENTOCANCER o cualquier otro panel de ADN multigénico para cáncer hereditario, se entiende incluido en el Plan de Beneficios de Salud colombiano, expedido mediante Resolución 5521 de 2013, toda vez que el código CUPS 908412 “coincide plenamente con la descripción de este estudio”, pues la expresión estudio molecular de enfermedades contenida en el código referido “(...) se usa para la referencia hacia cualquier prueba de diagnóstico médico que analiza la molécula del ADN (o ARN) con el objeto de identificar cualquier enfermedad humana”[139], incluyendo el cáncer de mama hereditario.

20. Coomeva EPS

Esa entidad presentó el 26 de septiembre de 2018, escrito en el que expresó que la prueba

de CENTOCANCER de 31 genes para evaluación de mutaciones, ordenada por el mastólogo tratante el 5 de julio de 2017, al parecer no ha sido realizada, pues aparece orden anulada con código de solicitud “no pos” 2015574[140].

Sin embargo, manifestó que en la historia clínica de la paciente aparece consignado el 20 de noviembre de 2017, por el mastólogo tratante que a la usuaria le realizaron la prueba Panel de Estudio Genético de 26 genes-Perfil MYRIAD, con resultado VUS “Variante de Significado Incierto”[141]. Informó también que la peticionaria “Recibí (sic) quimio neo (sic) con respuesta patológica completa. Estudio de mutación genética: VUS. Plan: 1. Cita por mastología en agosto de 2018.”[142]

Al exponer la trazabilidad del caso de la paciente, manifestó que al procedimiento se le impartió el trámite de tecnología “NO POS”[143], es decir, se trata de un “(...) servicio no incluido Dentro del Plan de Beneficios en Salud Según Normatividad vigente Resolución 5269 de 2017.”[144]

Finalmente, precisó que el código 908412 hace referencia a pruebas de laboratorio, especialmente a estudios moleculares para enfermedades, mientras que el código 908420 se utiliza para pruebas moleculares de genes “(...) panel de 31 genes”[145].

21. Academia Nacional de Medicina

Tras identificarse como órgano consultor del Gobierno Nacional en temas de salud y educación médica, creado por la Ley 71 de 1890, esta Academia sostuvo que el CENTOCANCER es un panel de 31 genes que identifica un riesgo elevado de varios tipos de cánceres hereditario, entre los que se encuentra el de mama.

Resaltó que entre el 5% y el 10% de los cánceres de mama son atribuibles a mutaciones genéticas heredadas, en su mayoría, por alteraciones en los genes BRCA1 y BRCA2. Su detección permite hacer intervenciones que reducen el riesgo de padecer la enfermedad por primera vez o en la mama contraria a la afectada, e incluyen procedimientos para reducir la probabilidad de su aparición en el paciente y/o en sus familiares.

Para ese propósito en Colombia, además del CENTOCANCER, se cuenta con el MYRISK que analiza 25 genes sin una diferencia evidente en la evaluación de los genes asociados a las

principales mutaciones relacionadas con el cáncer de mama. Para establecer la necesidad de la práctica de estas pruebas es preciso analizar las historias personal y familiar de la paciente y detectar en ella varios factores de riesgo asociados a la enfermedad. Ambos exámenes están incluidos en el plan de beneficios bajo los códigos 908412 y 908420 y pueden ser costo-efectivos si se hacen en forma selectiva para casos de alto riesgo de mutaciones genéticas asociadas al cáncer de mama.

En el marco de la Política Preventiva en Salud el cáncer de mama es una de las enfermedades priorizadas en la medida en que se considera de “(...) mortalidad prematura evitable”[146], por lo que se llama la atención sobre la importancia de la mamografía. Más allá de ello en Colombia no existe un programa organizado de detección temprana en mujeres asintomáticas[147].

22. Asociación Colombiana de Hematología y Oncología

Esa institución presentó el 27 de septiembre de 2018 un documento en el que precisó la naturaleza del examen CENTOCANCER. En efecto, manifestó que se trata de un estudio molecular (panel multigénico) realizado por la compañía alemana CENTOGENE que evalúa la presencia de mutaciones en línea germinal de genes relacionados con síndromes oncológicos hereditarios[148]. Este estudio evalúa masiva y en paralelo, a través de una técnica de biología molecular que se llama NGS, con la finalidad de detectar mutaciones puntuales y análisis de deleciones/duplicaciones. Hasta junio de 2018 el análisis se realizaba sobre 31 genes, ya que posteriormente se hace sobre 56 genes[149].

En ese sentido, adujo que el mencionado examen permite identificar riesgo de aumento de ciertos tipos de tumores, lo que genera beneficios para los pacientes relacionados con: i) establecer protocolos de prevención específicos para los riesgos identificados, consistentes en el uso de estrategias para disminuir el riesgo de cáncer como cirugías profilácticas y protocolos de vigilancia intensiva; ii) definir si hay indicación de ciertos medicamentos nuevos dirigidos a pacientes con mutaciones en ciertos genes específicos, por ejemplo los inhibidores de PARP[150] para pacientes con mutaciones en los genes BRCA1/BRCA2; y iii) la mutación familiar, mediante un análisis de árbol genealógico que permitirá identificar familiares en riesgo de tener la misma mutación y dirigir tratamientos de prevención específicos sobre aquellas personas[151].

Para el caso del cáncer de mama, esa institución expresó que el examen permitirá establecer si se realizan los siguientes procedimientos que según varias publicaciones científicas son costo-efectivos: i) cirugía reductora de riesgo para cáncer de mama (mastectomía bilateral) que permitirá disminuir el riesgo entre 90-100% o protocolo de vigilancia, consistente en estudios de tamización con mayor frecuencia, que incluyan resonancia magnética nuclear de mamas, mamografía y ecografía mamaria bilateral. También permitirá establecer el riesgo de padecer cáncer de ovario, para lo cual se podrá proceder a una salpingo-ooforectomía bilateral, con la cual disminuye el riesgo en un 80% y disminuye la mortalidad[152].

Manifestó que el estudio en mención tiene un costo de \$6.000.000.00, cuando es realizado de manera particular. Sin embargo, advierte que si lleva a cabo a través del sistema de salud donde el Grupo Amarey Nova Medical, presta el servicio a diferentes IPS, los costos pueden variar, según el convenio que se pacte[153].

Afirmó que existen varios paneles multigénicos similares a CENTOCANCER que cumplen con el propósito de evaluar genes relacionados con síndromes de cáncer hereditario, entre los que se encuentran[154]:

- Panel MYRISK que evalúa 28 genes y es realizado por el laboratorio MYRIAD en Estados Unidos mediante GENCELLPHARMA, quien es su representante en Colombia. Los genes relevantes para el estudio de síndromes de cáncer de mama hereditario son los mismos que los evaluados por CENTOCANCER, con especificaciones técnicas muy similares, no obstante, MYRISK reporta una mejor profundidad mínima de 50X. En síntesis, los dos estudios permiten detección de mutaciones puntuales y análisis de deleciones/duplicaciones.

- Panel de cánceres hereditarios comunes de INVITAE: evalúa 46 genes y es realizado por el laboratorio INVITAE (Estados Unidos), mediante varios laboratorios intermediarios en Colombia, principalmente BIOTECGEN. De igual manera, los genes relevantes para el estudio de síndromes de cáncer de mama hereditario son los mismos que los evaluados por CENTOCANCER, las especificaciones técnicas son similares, aunque este panel reporta mejor profundidad mínimo 50X. En suma, ambos estudios permiten la detección de mutaciones puntuales y análisis de deleciones/duplicaciones.

- Panel para cáncer hereditario personalizado de GENETIX: ofrecido por el laboratorio GENETIX y se realiza mediante paneles personalizados, en el sentido de que cada médico puede escoger cuales son los genes que deben ser evaluados. Las especificaciones técnicas son similares a CENTOCANCER pero este método no permite hacer análisis de deleciones/duplicaciones.

Esa asociación consideró que, con base en los aspectos técnicos descritos por cada laboratorio, los mencionados exámenes “(...) son equivalentes y permiten obtener los mismos resultados en los genes evaluados, principalmente los dos primeros (el último examen no hace análisis de deleciones/duplicaciones)”[155].

De otra parte, expuso que debido a la complejidad del cáncer de mama la mejor aproximación diagnóstica en la práctica clínica actual son los paneles multigenéticos. Por tal razón, la identificación de pacientes se hace con base en criterios personales y/o familiares, particularmente cuando[156]:

- Se diagnostica el cáncer de mama a personas menores de 45 años.
- Diagnóstico de la patología entre los 46 y 50 años y además, existe otro cáncer de mama primario en un familiar cercano.
- Cáncer de mama triple negativo diagnosticado en personas menores de 60 años.
- Cáncer de mama diagnosticado a cualquier edad y un familiar cercano con cáncer de mama, ovario, próstata o páncreas.

Por tal razón, expresó que hacer un examen de panel multigénico como CENTOCANCER que incluye los genes BRCA1 y BRCA2 resulta una aproximación más eficiente que hacer primero la evaluación de estos dos genes y después de otros, como se hacía anteriormente en la práctica clínica. De esta manera, existen estudios que muestran que hacer un panel multigénico puede proporcionar un rendimiento diagnóstico adicional de hasta el 50% frente al estudio de genes únicos.

Finalmente, precisó que los estudios de panel multigénico mencionados pueden ser solicitados bajo cualquiera de los siguientes códigos CUPS: 908412 “ESTUDIO MOLECULAR DE ENFERMEDADES” o 908420 “ESTUDIOS MOLECULARES DE GENES (ESPECÍFICOS)”, los

cuales se encuentran incluidos en el Plan de Beneficios en Salud. En ese sentido,

“A pesar de que estos códigos no son específicos para paneles multigénicos, como el examen CENTOCANCER en este caso, estos son los códigos que el Ministerio de Salud ha dispuesto para hacer solicitud (sic) de estudios de genes, ya que no es posible tener un código para cada gen o combinaciones de genes susceptibles de ser solicitados en la práctica clínica. No hay otro código en la Clasificación Única de Procedimientos en Salud bajo el cual se pueda hacer solicitud de este tipo de estudios.”[157]

23. Asociación Apoyo a Mujeres con Enfermedades del Seno (AMESE)

Esta Asociación destacó que el CENTOCANCER es un análisis de genética molecular que evalúa 56 mutaciones relacionadas con el cáncer. Las mujeres que presentan mutaciones en los genes BRCA 1/2 tienen un nivel de riesgo de desarrollar cáncer de mama que oscila entre el 50% y el 85%. Para la asociación este examen es útil para encontrar programas preventivos, pues tras la práctica de dicha prueba, los pacientes pueden emitir su consentimiento sobre el plan médico con mayor grado de información[158].

AMESE recalcó que los riesgos de cáncer pueden detectarse en forma más efectiva y exacta a través de este tipo de pruebas genéticas. Pese a la existencia de otras pruebas similares, el CENTOCANCER, además de determinar el porcentaje de riesgo de padecer la enfermedad, identifica la agresividad de la misma y permite estructurar “(...) un eventual plan médico determinado para cada paciente, dado su complejo análisis genético”[159]. En relación con otros exámenes que cumplen la misma finalidad que el CENTOCANCER, la diferencia radica en que este hace un extenso análisis de la información genética que lleva al profesional de la salud a identificar con claridad y certeza “el plan médico que arroja el resultado”[160].

La prescripción del CENTOCANCER siempre debe obedecer a la “reconstrucción de las historias clínicas de cada persona con un grado cercano de consanguinidad que a su vez haya sido diagnosticada con cualquier tipo de cáncer”[161] y debe considerarse como parte “del plan de ruta que debe trazar el médico tratante”[162].

Estos exámenes se encuentran incluidos en el POS con el Código de Clasificación Único de Procedimientos (CUPS) 908412, y su costo oscila entre los 7.500.000 y los 11.000.000

según el laboratorio en el que se realice la prueba.

24. Fundación Valle de Lili[163]

Esa institución presentó escrito el 9 de octubre de 2018, en el que precisó que el CENTOCANCER es una prueba genética desarrollado por CENTOGENE que investiga el riesgo y/o la predisposición a cáncer hereditario, mediante el uso de una tecnología que se denomina secuenciación de nueva generación (NGS), que permite evaluar múltiples genes a la vez[164]. Ese examen está validado según estándares internacionales ACMG (American College of Medical Genetics and Genomics), está registrado en NCBI (National Center for Biotechnology Information) como un examen de diagnóstico. Su costo es de aproximadamente \$6.000.000[165].

El resultado del estudio puede generar opciones de tratamiento como: mastectomías profilácticas, gastrectomías, colectomías, ooforectomías profilácticas, quimio-prevención, controles preventivos, estudios imagenológicos y mamografías de cierta periodicidad[166]. Se trata de un examen que mejora el pronóstico y la sobrevivencia de los pacientes con cáncer ya que se puede detectar de forma temprana un tumor mediante la búsqueda dirigida y preventiva. Manifestó que la prueba y sus equivalentes están incluidos en el PBS bajo el código 908420 ESTUDIO MOLECULAR DE GENES ESPECÍFICOS[167].

CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. Corresponde a la Corte Constitucional analizar en Sala Plena, el asunto puesto a su disposición, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cuestión previa

2. La accionante presentó acción de tutela contra COOMEVA EPS por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, a la dignidad humana, a la salud y a la seguridad social por la supuesta negativa de autorizar el examen CENTOCANCER, ordenado por el médico tratante, debido a que la prescripción no fue adjuntada como soporte en el aplicativo MIPRES.

3. Sin embargo, durante el trámite de revisión de la tutela, esta Sala tuvo conocimiento de que, en la historia clínica de la demandante, aparece una anotación del 20 de noviembre de 2017, consignada por el mastólogo tratante, que indica que a la paciente le realizaron la prueba Panel Genético de 26 genes-Perfil MYRIAD, con resultado: VUS (Variante de Significado Incierto)[168]. Adicionalmente, a la peticionaria le han realizado procedimientos de quimioterapia, radioterapia y tenía cita con especialista en agosto de 2018[169].

4. Conforme a lo expuesto, antes de continuar con el estudio del asunto de la referencia, la Sala debe ocuparse del análisis de la posible configuración de la carencia actual de objeto por hecho superado, por cuanto la pretensión contenida en el escrito de tutela era la realización del examen CENTOCANCER. De acuerdo con los dictámenes científicos que anteceden, esta es una marca comercial del estudio que tiene como propósito evaluar algunos genes que se consideran factores de riesgo y de susceptibilidad a algunos tipos de cáncer, en particular, “(...) la presencia de mutaciones con significado de “predisposición y susceptibilidad” presentes (sic) en un paciente respecto a algún tipo de cáncer”[170]. Como se advirtió previamente, a la accionante le realizaron un procedimiento de panel genético de 26 genes, que tiene un objetivo similar, y el posterior tratamiento basado en quimio y radioterapias.

5. La Corte ha sostenido de manera reiterada que el objeto de la acción de tutela es la garantía de los derechos fundamentales. Sin embargo, durante el proceso de amparo pueden presentarse circunstancias que permitan inferir que las vulneraciones o amenazas invocadas cesaron porque: i) se conjuró el daño alegado; ii) se satisfizo el derecho fundamental afectado; o iii) se presentó la inocuidad de las pretensiones de la solicitud de amparo[171]. Estas situaciones generan la extinción del objeto jurídico del amparo, por lo que cualquier orden de protección proferida por el juez caería en el vacío[172]. Este fenómeno ha sido denominado “carencia actual de objeto”, el cual se presenta por la ocurrencia de hecho superado o daño consumado[173].

Se está frente a un hecho superado cuando durante el trámite de amparo las acciones u omisiones que amenazan el derecho fundamental desaparecen por la satisfacción de la pretensión que sustenta la acción de tutela, por lo que la orden a impartir por parte del juez constitucional pierde su razón de ser, pues el derecho ya no se encuentra en riesgo[174].

En oportunidades, la Corte ha encontrado acreditada la configuración de la carencia actual de objeto por hecho superado derivada del cumplimiento de una providencia judicial en algunos de estos eventos: i) sentencia dictada en primera instancia dentro del trámite de tutela; ii) fallo proferido en otros proceso de amparo que impactan la solicitud que revida la Corte; y, iii) auto dictado con ocasión de una medida de protección provisional. En estas oportunidades, este Tribunal ha reiterado que el objeto de la tutela desapareció con la acción y omisión de la entidad demandada, aun cuando aquella acaeció por el acatamiento de las órdenes judiciales emitidas durante el proceso de tutela. A continuación se presenta una breve referencia a algunos pronunciamientos de esta Corporación sobre esta materia.

Sentencia

Decisiones de instancia

Problema jurídico de procedencia

Regla de decisión sobre carencia actual de objeto

T-387 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

El juez de primera instancia concedió el amparo y tuteló los derechos a la salud, seguridad social, vida digna y dignidad humana del actor.

.

“El segundo problema jurídico consiste en determinar si, en el caso bajo estudio, se configura carencia actual de objeto por hecho superado como consecuencia de las pruebas aportadas al expediente, y de la información suministrada por la agente oficiosa del señor Sánchez Quintero a este despacho.”

“De este modo, si bien esta Sala demostró que actualmente se configura una carencia actual de objeto por hecho superado – debido a que se ha practicado el tratamiento de

radioterapia y quimioterapia que se identificaba como la pretensión principal; y a que se han prestado los servicios especializados y entregado los medicamentos que requiere el paciente – se concluye que la EPS demandada sí sometió al afectado a demoras injustificadas que no se compadecen en lo absoluto con su doble condición de sujeto de especial protección constitucional.”

T-673 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

El juez de primera instancia negó la tutela.

El 19 de julio de 2017. La Corte en sede de Revisión profirió medida provisional de protección.

“En cumplimiento de una medida cautelar dictada por esta Sala, se obtuvieron las prestaciones solicitadas en este trámite constitucional. En efecto, por información suministrada por el Director Jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social, previamente al registro de este proyecto, se tuvo conocimiento que al niño le fueron autorizadas tanto la entrega de los elementos requeridos para su implante coclear del oído izquierdo, como la intervención quirúrgica en su oído derecho, la cual fue programada para el quince (15) de noviembre de 2017.

Conforme a lo expuesto, antes de adelantar el estudio del asunto de la referencia, la Sala debe ocuparse del análisis de la posible configuración de la carencia actual de objeto por hecho superado, por cuanto la pretensión contenida en el escrito de tutela se fundaba en la autorización de la cirugía de implante coclear de su oído derecho y de los insumos y elementos necesarios para el adecuado funcionamiento del implante coclear ubicado en su oído izquierdo, puesto que logró acreditarse que los mismos fueron autorizados por la EPS accionada.”

“Conforme a lo expuesto, la Sala considera que en el caso bajo estudio operó la figura de la carencia actual de objeto por hecho superado, puesto que la pretensión fue satisfecha por la EPS MEDIMAS, la cual autorizó tanto la cirugía coclear de su oído derecho, como la entrega de los elementos requeridos en el implante de su oído

izquierdo.”

T-013 de 2017 M.P. Alberto Rojas Ríos

El Juzgado de primera instancia tuteló el derecho fundamental a la educación del accionante.

Por otro lado, de acuerdo con la documentación allegada a la Sala de revisión por el actor, se estableció que se presentó el fenómeno de la carencia actual de objeto, por hecho superado, pues de acuerdo con lo ordenado por el juez de primera instancia, el 17 de junio de 2016 el ICETEX permitió al señor Ramírez Castro aplicar a un nuevo crédito sin tener que cancelar el 50% del valor de la deuda inicial.

T-624 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

El Juzgado concedió el amparo solicitado

Dado que en sede de revisión el Despacho del Magistrado Ponente fue informado de que el servicio de alcantarillado fue instalado a la vivienda de la accionante, como cuestión previa, la Sala abordará el concepto de carencia actual de objeto por hecho superado.

En efecto, el Juzgado Quince Penal Municipal de Medellín con función de control de garantías, quien actuó como juez de primera instancia en la acción de tutela, el pasado 26 de octubre de 2016, remitió vía fax al Despacho del Magistrado Ponente, copia del escrito presentado el 29 de agosto del mismo año, por la señora Aura Elisa García Lora, en la que informa que E.P.M. suministró el servicio requerido, por lo que “en

estos momentos se encuentra realizada la instalación del alcantarillado”.

T-529 de 2015 M.P. María Victoria Calle Correa

Juez de primera instancia negó el amparo dentro del proceso conocido por la Corte en sede de Revisión.

En este caso, formularon una nueva tutela y esta fue concedida en primera instancia.

La Sala establecerá si la acción presentada por el señor Álvaro Zea Viracacha, agente oficioso de la señora Ana Rosa Cuéllar Rojas, es procedente. Razón por la cual, iniciará recordando las reglas que ha fijado este tribunal a propósito de los presupuestos de subsidiariedad e inmediatez, la carencia actual de objeto y la figura de la agencia oficiosa.

“Sin embargo, pese a que la acción de tutela que se analiza es procedente, la Sala encuentra que existe una carencia actual de objeto. La situación fáctica que motivó la presentación de la acción de tutela se vio modificada con ocasión del segundo proceso de amparo que inició el agente oficioso de la señora Cuéllar Rojas. (...) A través de esta acción se satisfizo la pretensión contenida en la demanda original, a saber, el suministro del servicio de transporte para la agenciada y su acompañante. Como consecuencia, cesó la vulneración de sus derechos fundamentales y desapareció el objeto jurídico sobre el cual recaería una eventual decisión.”

No obstante, esta Corporación ha señalado que puede adelantar el estudio del asunto sometido a su conocimiento pues, le corresponde en sede de revisión, determinar el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita[175], pronunciarse sobre la vulneración invocada en la demanda conforme al artículo 24 del Decreto 2591 de 1991[176] y determinar si, de acuerdo con las particularidades del caso, procede el amparo de la dimensión objetiva de los derechos conculcados[177]. Dicho análisis puede comprender: i) observaciones sobre los hechos del caso estudiado; ii) llamados de atención sobre la

situación que originó la tutela; iii) el reproche sobre su ocurrencia y la advertencia sobre la garantía de no repetición[178]; y iv) la posibilidad de adoptar las medidas de protección objetiva[179].

De otra parte, el daño consumado surge cuando se ocasionó el daño que se pretendía evitar con la orden de protección del juez de tutela, debido a que no se reparó oportunamente la vulneración del derecho[180].

6. Conforme a lo expuesto, la Sala considera que en el caso bajo estudio operó la figura de la carencia actual de objeto por hecho superado se acreditó que las acciones emprendidas por la EPS, como consecuencia de la intervención del juez constitucional, fueron eficaces para la superación de las vulneraciones subjetivas invocadas por la accionante. Es decir, los efectos materiales del cumplimiento de las órdenes judiciales proferidas en instancia permitieron la superación de las afectaciones de los derechos fundamentales expuestas por la peticionaria, ya que el examen practicado le permitió continuar con su tratamiento.

Conforme a lo expuesto, en esta instancia no hay forma de garantizar el cumplimiento de la pretensión de la accionante, ya que la misma fue satisfecha con la orden del juez de instancia. En efecto, el a quo amparó los derechos y ordenó a la EPS accionada la realización del examen de panel genético. Dicha medida fue cumplida por la entidad demandada, tal y como pasa a verse a continuación:

a) A la demandante le fue autorizado, el 25 de abril de 2017, el procedimiento “Panel Ngs para Cáncer Hereditario (ngs 25 genes) o (my risk Panel Multigénico) (prueba para conocer El Riesgo De Cáncer Hereditario. Adicionalmente Se Procesa Por Fuera del Territorio Nacional)”[181], para atender su patología. El examen no fue practicado.

b) El 5 de julio de 2017, el médico tratante le ordenó a la paciente la realización de un nuevo examen de panel genético, esta vez, de marca comercial CENTOCANCER, con el cual el profesional de la salud buscaba “(...) identificar una mutación genética específica que aumente el riesgo cáncer contralateral de mama, cáncer de ovario o tenga algún síndrome genético que la predisponga de otros cancers relacionados, con el fin de tomar las medidas preventivas requeridas.”[182]

c) Este examen no fue realizado por la EPS accionada pues anuló el trámite MIPRES en

atención a que no fue adjuntada la orden médica proferida por el especialista tratante.

d) El juzgador de primera instancia concedió el amparo a los derechos solicitados y ordenó la autorización y realización del primer examen genético que fue solicitado según la historia clínica, esto es el “Panel Ngs para Cáncer Hereditarios (ngs 25 genes) o (My risk panel Multigenico)” que también es utilizado para conocer el riesgo de cáncer hereditario.

7. De acuerdo con lo anterior, la realización de la prueba de panel multigénico a la accionante cumplió con el propósito del especialista tratante, en el sentido de establecer el nivel de riesgo asociado a cáncer de mama de la paciente. De hecho, se ha continuado con el plan de atención de la patología y la entidad demandante ha prestado todos los servicios relacionados con su tratamiento médico.

De esta manera, la Sala Plena considera que se configuró el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado ya que en sede de revisión es fácticamente imposible garantizar la satisfacción de la pretensión formulada por la actora pues esta ya fue satisfecha. En efecto, el juez de instancia accedió al amparo solicitado, ordenó a la EPS la realización del examen de panel genético prescrito a la accionante, está probado que la EPS cumplió con lo dispuesto en su providencia -pues el examen fue practicado a la paciente- y además le ha garantizado los procedimientos necesarios para su tratamiento médico.

8. Sin embargo, a partir del escrito de tutela, de las contestaciones de las entidades accionadas y vinculadas, y de las pruebas que obran en el expediente, este Tribunal considera necesario, conforme a las reglas jurisprudenciales construidas por la Corte, pronunciarse de fondo sobre el asunto objeto de estudio con las siguientes finalidades: determinar el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita[183], analizar sobre la vulneración invocada en la demanda conforme al artículo 24 del Decreto 2591 de 1991[184], y determinar si, en atención a las particularidades del caso, procede el amparo de la dimensión objetiva de los derechos conculcados[185]. De igual manera, este Tribunal ha insistido en la obligación que tiene el juez de tutela de actuar con vocación de protección del patrimonio que envuelve el interés público[186], en especial cuando se trata de recursos escasos y destinados al financiamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud, como ocurre en este caso.

Por tal razón, la Sala abordará el estudio preliminar de la procedencia excepcional de la

acción de tutela en materia de realización de procedimientos médicos. Una vez se verifique la demostración de los requisitos de procedibilidad y, si es del caso, formulará el respectivo problema jurídico que permita realizar el examen de las vulneraciones a los derechos fundamentales invocados.

Examen de procedencia de la acción de tutela

La legitimación en la causa

9. La legitimación en la causa configura un presupuesto del proceso que permite la constitución de una relación jurídico procesal válida. Es decir, se trata de condiciones que deben existir para que pueda proferirse cualquier decisión sobre la demanda[187].

Para esta Corporación, la legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo porque le permite al juez pronunciarse sobre las pretensiones del actor y las razones de la oposición del demandado, mediante una decisión judicial favorable o desfavorable a cualquiera de las partes. Conforme a lo expuesto, es un requisito que se refiere a una calidad subjetiva en relación con el interés sustancial de quienes participan en el proceso[188].

Legitimación por activa

10. El artículo 10º del Decreto 2591 de 1991 regula la legitimación para el ejercicio de la acción de tutela. La norma en cita establece que la solicitud de amparo puede ser presentada: i) a nombre propio; ii) a través de representante legal; iii) por medio de apoderado judicial; iv) mediante agente oficioso; o por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

De acuerdo con lo expuesto, esta Sala encuentra que la señora María Antonia González Córdoba es mayor de edad, actúa en nombre propio y acusa la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, a la dignidad humana y a la salud. Por lo tanto, está acreditado el requisito de legitimación en la causa por activa.

Legitimación por pasiva

11. La legitimación en la causa por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la

capacidad legal de quien es el destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, una vez se acredite la misma en el proceso[189]. Conforme a los artículos 86 de la Constitución y 1º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad y frente a particulares.

12. La solicitud de amparo se dirigió inicialmente contra la institución de derecho privado COOMEVA EPS, la cual, si bien tiene naturaleza privada (particular), es una entidad prestadora del servicio público de salud y tiene capacidad para ser parte, por tal razón se encuentra legitimada en la causa por pasiva para actuar en este proceso según los artículos 86 Superior y 42 del Decreto 2591 de 1991[190].

Inmediatez

13. Esta Corporación ha reiterado que uno de los principios que rigen la procedencia de la acción de tutela es la inmediatez. De tal suerte que, si bien la solicitud de amparo puede formularse en cualquier tiempo, es decir, no tiene término de caducidad[191], su interposición debe hacerse dentro un plazo razonable, oportuno y justo[192], debido a que su finalidad es la protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados.

No obstante, existen eventos en los que prima facie puede considerarse que la acción de tutela carece de inmediatez y en consecuencia es improcedente, pues ha transcurrido demasiado tiempo entre la vulneración de los derechos fundamentales y la presentación de la solicitud de amparo.

En estos casos, el análisis de procedibilidad excepcional de la petición de protección constitucional se torna más estricto y está condicionado a la verificación de los siguientes presupuestos[193]: i) la existencia de razones válidas y justificadas de la inactividad procesal, como podrían ser la ocurrencia de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad del actor para formular la solicitud de amparo en un término razonable y la ocurrencia de un hecho nuevo[194], entre otros; ii) cuando la vulneración de los derechos fundamentales es continua y actual; y, iii) la carga de la interposición de la solicitud de amparo en un determinado plazo resulta, de una parte, desproporcionada debido a la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante, y de

otra, contraria a la obligación de trato preferente conforme al artículo 13 Superior.

14. Ahora bien, la Sala considera que este requisito se cumple en el presente asunto porque la orden médica del procedimiento CENTOCANCER fue anulada por la EPS accionada el 24 de julio de 2017, aspecto que fue conocido en el trámite únicamente en el momento en que esa entidad impugnó la decisión de primera instancia y la acción de tutela fue presentada el 18 de septiembre de ese mismo año, por lo que transcurrieron menos de 2 meses entre el presunto hecho vulnerador y la formulación de la solicitud de amparo.

15. El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte ha señalado que “permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”[196]. Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos jurisdiccionales con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos.

En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida la utilización indebida de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

16. No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad[197]:

(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y,

(ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia

de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

17. En cuanto a la primera hipótesis, que se refiere a la idoneidad del medio de defensa judicial al alcance del afectado, se tiene que ésta no puede determinarse en abstracto sino que, por el contrario, la aptitud para la efectiva protección del derecho debe evaluarse en el contexto concreto[198]. El análisis particular resulta necesario, pues en éste podría advertirse que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o no permite tomar las medidas necesarias para la protección o restablecimiento de los derechos fundamentales afectados.

18. Ahora bien, en cuanto a la segunda hipótesis, su propósito es el de conjurar o evitar una afectación inminente y grave a un derecho fundamental. De este modo, la protección que puede ordenarse en este evento es temporal, tal y como lo dispone el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, el cual indica: “[e]n el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”.

Asimismo, dicha excepción al requisito de subsidiariedad exige que se verifique: (i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto del daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir el perjuicio irremediable; (iii) la gravedad del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de las garantías fundamentales en riesgo[199].

19. Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos en el caso concreto, para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal, y reconocer que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Por tanto, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo, la acción puede proceder de forma definitiva.

De este modo, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, personas cabeza de familia, en

situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos[200].

Las funciones administrativas y jurisdiccionales de la Superintendencia de Salud para la protección de los derechos de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Reiteración de jurisprudencia[201].

20. La Superintendencia Nacional de Salud, conforme al artículo 1º del Decreto 2462 de 2013, es una entidad de carácter técnico adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. De igual manera, es la “(...) cabeza del sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

En Sentencia C-921 de 2001[202] este Tribunal precisó que los objetivos que persigue la Superintendencia Nacional de Salud mediante el ejercicio de las funciones administrativas de inspección, vigilancia y control, por parte de la citada Superintendencia son: la eficiencia en la obtención, aplicación y utilización de todos los recursos con destino a la prestación de los servicios de salud, como la oportuna y adecuada liquidación, recaudo, giro, transferencia, cobro y utilización de los mismos; el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la prestación de los servicios de salud por parte de las entidades públicas y privadas del sector salud; la cabal, oportuna y eficiente explotación de los arbitrios rentísticos que se obtengan de los monopolios de loterías, beneficencias que administren loterías, sorteos extraordinarios, apuestas permanentes y demás modalidades de juegos de suerte y azar; y la adopción de medidas encaminadas a permitir que los entes vigilados centren su actividad en la solución de sanas prácticas y desarrollos tecnológicos que aseguren un crecimiento adecuado de las mismas.

De esta manera, la vigilancia y control tiene como finalidad asegurar la prestación oportuna, permanente y eficiente del servicio de seguridad social en salud y a lograr que los recursos destinados a su financiación se utilicen exclusivamente para tales fines, como lo ordena el inciso quinto del artículo 48 superior que señala: “No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.”[203] Para hacer efectivos estos propósitos se le asignan a la Superintendencia Nacional de Salud una

serie de facultades, que están consagradas en los artículos 35 y siguientes de la Ley 1122 de 2007.

21. De otra parte, con el propósito de garantizar la efectiva protección de los derechos de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 otorgó facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para que conozca y resuelva controversias relacionadas con: (i) la denegación de servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud por parte de las entidades promotoras de salud; (ii) el reconocimiento de los gastos en los que el usuario haya incurrido por la atención que recibió en una IPS no adscrita a la entidad promotora de salud o por el incumplimiento injustificado de la EPS de las obligaciones radicadas en su cabeza; (iii) la multifiliación dentro del sistema; y (iv) la libre elección de la entidad promotora de salud y la movilidad de los afiliados.

En la referida norma, se modificó el trámite previsto originalmente en la Ley 1122 de 2007 y se estableció que la competencia jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud debe desarrollarse mediante un procedimiento preferente y sumario[204], con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia. Además, se deben garantizar cabalmente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción[205].

También se dispuso que la demanda puede presentarse por “memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia”[206] y se previó un término máximo de 10 días para emitir la decisión de primera instancia, la cual podrá ser impugnada dentro de los tres días siguientes a su notificación, que se efectuará mediante telegrama o cualquier otro medio expedito.

23. La Sentencia C-119 de 2008 estableció que el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud reviste de carácter principal en las controversias referidas a los asuntos que son competencia de dicha entidad. En tal sentido, la decisión precisó:

“(…) cuando en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, la Superintendencia Nacional de Salud conozca y falle en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez (...), en modo alguno estará desplazando al juez de tutela, pues la competencia de este

último es residual y subsidiaria, mientras que la de la Superintendencia será principal y prevalente. Sin que lo anterior implique que la acción de tutela no esté llamada a proceder “como mecanismo transitorio”, en caso de inminencia de consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca”[207].

Por consiguiente, a partir de la atribución de facultades jurisdiccionales a la Superintendencia de Salud, se estableció: (i) el carácter prevalente del procedimiento jurisdiccional ante dicha Superintendencia para la protección de los derechos de los usuarios en el marco de las relaciones entre las EPS y los afiliados; (ii) el carácter residual de la tutela cuando se persigue la protección de los derechos de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud; y (iii) la posibilidad de acudir directamente a la tutela cuando se esté ante la inminente configuración de un perjuicio irremediable o se establezca que, en el caso concreto, el procedimiento ante la autoridad administrativa no es idóneo.

24. En armonía con este entendimiento, la Corte Constitucional ha estimado, en algunos casos, que el procedimiento ante la Superintendencia Nacional de Salud resulta idóneo y eficaz para garantizar los derechos fundamentales invocados cuando se acude al amparo constitucional. Por ende, ha declarado la improcedencia de la acción de tutela cuando los peticionarios omiten agotar dicho trámite[208].

25. En otros casos, pese a que la Corte ha reconocido el carácter principal y prevalente del mecanismo jurisdiccional ante dicha autoridad administrativa, ha considerado que no es idóneo o eficaz para el caso concreto[209], por estimar que no podría utilizarse dicho medio judicial en eventos en los que se requiera la protección urgente de los derechos fundamentales invocados por la parte actora o concurren circunstancias particulares que hagan imperativa la intervención del juez constitucional[210].

En tal sentido, esta Corporación ha enfatizado en que el juez de tutela se debe abstener de remitir las diligencias a la Superintendencia de Salud cuando se encuentre en riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas y ha sostenido que se debe hacer un análisis de cada caso para determinar si el procedimiento ante el ente administrativo de la salud es idóneo y eficaz o si, por el contrario, puede ser desplazado por la acción de amparo.

También, en algunas providencias la Corte ha concedido la tutela como mecanismo transitorio, por estimar que se acredita un perjuicio irremediable y, por tanto, ha ordenado a los accionantes que acudan a la referida autoridad en un término de cuatro meses[211].

26. Aunado a ello, se ha cuestionado que el procedimiento ante dicho ente administrativo con funciones jurisdiccionales no dispone de un término para resolver la segunda instancia[212]. Sin embargo, a partir de la Sentencia T-603 de 2015[213], la Corte consideró válido que, en el trámite de las impugnaciones presentadas en contra de las decisiones que la Superintendencia Nacional de Salud profiera en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y por vía de analogía, se apliquen los términos previstos en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 para resolver la decisión de segunda instancia en la acción de tutela[214]. Dicha conclusión ha sido reiterada en otras decisiones de esta Corporación[215].

La referida sentencia exhortó al Congreso de la República para que regulara el término “en el que las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales, de acuerdo con la competencia que les asignó el numeral 1º del artículo 30 del Decreto 2462 de 2013, deben desatar las impugnaciones formuladas en contra de las decisiones emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales”[216].

27. Por otra parte, se ha estimado que para analizar la eficacia e idoneidad del trámite judicial adelantado por la Superintendencia Nacional de Salud se debe tener en cuenta que dicha entidad “no tiene presencia en todo el territorio colombiano ya que su sede principal está ubicada en la ciudad de Bogotá y sus oficinas regionales están en algunas capitales departamentales. Por otra parte, también se debe evaluar que los usuarios puedan (...) adelantar el procedimiento vía internet”[217].

28. Por último, la Sala enfatiza en que el análisis de idoneidad y eficacia del mecanismo ante la Superintendencia Nacional de Salud debe realizarse siempre a partir de las circunstancias que rodean el caso concreto. En tal sentido, la jurisprudencia ha destacado la obligación del juez constitucional de verificar las particularidades que pueden tornar procedente la acción de tutela, entre las cuales se encuentran: (i) la calidad de sujetos de especial protección de quienes solicitan el amparo; (ii) la gravedad del riesgo para la salud o la vida digna de los afectados; y (iii) las condiciones de debilidad manifiesta de los

solicitantes[218].

En este sentido, al momento de analizar la eficacia e idoneidad del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, el juez constitucional debe considerar las siguientes reglas:

(i) Competencia de la Superintendencia Nacional de Salud. El procedimiento judicial ante la Superintendencia de Salud es el mecanismo principal y prevalente para resolver los asuntos asignados a su competencia por la Ley 1122 de 2007 (modificada por la Ley 1438 de 2011), los cuales son:

- a. La denegación de servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud por parte de las entidades promotoras de salud.
- b. El reconocimiento de los gastos en los que el usuario haya incurrido por la atención que recibió en una IPS no adscrita a la entidad promotora de salud o por el incumplimiento injustificado de la EPS de las obligaciones radicadas en su cabeza.
- c. La multiafiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- d. La libre elección de la entidad promotora de salud y la movilidad de los afiliados.
- e. La denegación de servicios excluidos del Plan Obligatorio de Salud que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del afiliado.
- f. Los recobros entre entidades del Sistema General de Seguridad Social.
- g. El pago de prestaciones económicas a cargo de las entidades promotoras de salud y del empleador.

De esta manera, cuando se trata de una materia que no se encuentre comprendida dentro de los asuntos previamente referidos, el mecanismo ante la Superintendencia Nacional de Salud carecerá de idoneidad[219].

(ii) Competencia subsidiaria del juez de tutela. Respecto de las controversias anteriormente señaladas, la acción de tutela cumple un papel residual. No obstante, el juez debe analizar la idoneidad y eficacia del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de

Salud con especial atención de las circunstancias particulares que concurren en el caso concreto. En consecuencia, el amparo constitucional procederá, por ejemplo, cuando:

- a. Exista riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas.
- b. Los peticionarios o afectados se encuentren en situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta o sean sujetos de especial protección constitucional.
- c. Se configure una situación de urgencia que haga indispensable la intervención del juez constitucional.
- d. Se trata de personas que no pueden acceder a las sedes de la Superintendencia de Salud ni adelantar el procedimiento a través de internet. En tal sentido, el juez constitucional debe valorar dicha circunstancia al momento de establecer la eficacia e idoneidad del trámite ante dicha autoridad.

(iii) Finalmente, la Corte Constitucional ha advertido que la ley no reguló el término en el que las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales -de acuerdo con la competencia asignada por el numeral 1º del artículo 30 del Decreto 2462 de 2013-, deben resolver las impugnaciones formuladas en contra de las decisiones proferidas por la Superintendencia Nacional de Salud en ejercicio de funciones jurisdiccionales.

Por consiguiente, esta Corporación ha determinado que este recurso debe desatarse en un término de 20 días, a través de la aplicación analógica del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

De igual forma, esta Corporación en Sentencia T-450 de 2016[220] expresó que en ocasiones los usuarios presentan problemas de acceso al mencionado mecanismo jurisdiccional, puesto que la Superintendencia Nacional de Salud no tiene “(...) presencia en todas las ciudades y mucho menos en todos los municipios del país.”[221]

30. En el presente asunto, la Sala considera que se cumple el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela como mecanismo definitivo, con fundamento en que: i) la accionante es una mujer de 39 años a la que le fue diagnosticado cáncer de mama[222]; ii) es madre cabeza de familia y está afiliada al régimen subsidiado de salud[223]; y, iii) carece de medios judiciales ordinarios y extraordinarios para lograr la protección de sus derechos

fundamentales, ya que si bien, su caso podría haber sido conocido por la Superintendencia Nacional de Salud, dicho mecanismo no resulta idóneo ni eficaz, puesto que su lugar de residencia es el municipio de Turbo, en donde esa autoridad no tiene puntos de atención a los ciudadanos, pues la regional Antioquia está ubicada en Medellín[224], por lo que exigirle su desplazamiento hacia esa ciudad configura una carga desproporcionada e irrazonable, en atención a su situación particular.

En este sentido, la Sala llama la atención de la Superintendencia Nacional de Salud para que, de forma progresiva, realice los ajustes necesarios a su estructura interna y pueda atender los requerimientos que presentan los usuarios del sistema, particularmente en la cobertura nacional, bien sea en ejercicio de sus funciones administrativas y en especial, aquellas que tienen naturaleza jurisdiccional, de tal manera que logre un acercamiento real y efectivo en cualquier parte del país con los ciudadanos que demandan su intervención.

De esta forma, la procedencia de la acción de tutela en casos como el que se conoce en esta oportunidad, de ninguna manera implica que la Superintendencia Nacional de Salud sea relevada del ejercicio de sus competencias administrativas y jurisdiccionales en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Por el contrario, la Sala insiste en la necesidad de que esa autoridad ejerza sus funciones jurisdiccionales con la responsabilidad de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos que someten a su conocimiento las actuaciones de las entidades prestadoras de salud que comprometen la prestación eficiente y continua del servicio médico.

De acuerdo con lo expuesto, en ejercicio de sus funciones administrativas y jurisdiccionales, la Superintendencia tiene el deber de imponer las sanciones y proferir las órdenes que permitan superar la afectación al sistema de salud y la afectación de los derechos fundamentales de los usuarios.

Lo expuesto justifica la intervención prevalente del juez de tutela en el presente asunto al tratarse de un sujeto de especial protección constitucional, bajo el entendido de que se encuentra en el régimen subsidiado y es madre cabeza de familia.

Formulación del problema jurídico

31. Conforme a la solicitud de tutela, la contestación de la entidad accionada y las pruebas

que obran en el expediente, la Sala considera que el problema jurídico que debe resolver es el siguiente: ¿La EPS accionada vulneró el derecho fundamental a la salud de la paciente al haberse negado a prestar el procedimiento médico formulado porque el especialista tratante no diligenció el aplicativo MIPRES en debida forma?

Para dar respuesta al problema jurídico planteado, la Sala Plena abordará el estudio de los siguientes asuntos: i) la protección constitucional del derecho a la salud; ii) el examen genético de CENTOCANCER y sus principales características; y iii) finalmente se analizará el caso concreto.

El derecho a la salud. Reiteración de jurisprudencia[225]

32. El artículo 49 de la Constitución Política establece, entre otras cosas, que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos que se encuentran en cabeza del Estado, de manera que debe ser éste quien organice, dirija y reglamente la prestación de dicho servicio bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

En desarrollo de estos preceptos constitucionales, la jurisprudencia constitucional ha dicho que la salud tiene una doble connotación: derecho y servicio público esencial obligatorio[226]. Respecto a la primera faceta, ha sostenido que debe ser prestada de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad; mientras que, respecto de la segunda, la salud debe atender a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos previstos en los artículos 48 y 49 del Texto Superior.

33. En relación con la salud como derecho, es necesario mencionar que en un primer momento fue catalogado como un derecho prestacional, que dependía de su conexidad con otro de naturaleza fundamental para ser protegido a través de la acción de tutela. Posteriormente, la postura cambió y la Corte afirmó que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que protege múltiples ámbitos de la vida humana[227]. Dicha posición fue recogida en el artículo 2° la Ley Estatutaria 1751 de 2015[228], cuyo control previo de constitucionalidad se ejerció a través de la Sentencia C-313 de 2014[229]. Dicha normativa estableció que 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.

De igual forma, establece un mandato directo al Estado para que adopte políticas públicas que aseguren la igualdad de oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas.

34. Tanto la normativa como la jurisprudencia actual disponen que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que comprende –entre otros elementos– el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción.

Los elementos y los principios de la salud como derecho y servicio público esencial obligatorio

35. Tal y como se expuso previamente, la salud tiene una doble connotación, pues se trata de un derecho fundamental autónomo y, adicionalmente, es un servicio público esencial obligatorio[230]. Por tal razón, de acuerdo con el artículo 6º de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, la faceta de derecho está compuesta por los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:

a. Disponibilidad: en el sentido de que el Estado garantice la existencia de servicios, tecnologías e instituciones que presten dicho servicio, así como programas de salud, personal médico y profesional competente.

b. Aceptabilidad: los agentes del sistema deben respetar la ética médica y la diversidad cultural de las personas, minorías étnicas, pueblos y comunidades, para lo cual están en la obligación de permitir su participación en las decisiones del sistema de salud que les afecten y responder a las necesidades de salud relacionadas con el género y el ciclo de vida.

d. Calidad e idoneidad profesional: el servicio está focalizado en el usuario, por lo que debe responder desde el punto de vista médico y técnico a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas.

36. Este Tribunal en Sentencia C-313 de 2014[231] expresó que los elementos del derecho a la salud se caracterizan por ser esenciales y estar interrelacionados, lo cual desarrolla el Texto Superior y atiende lo establecido en el párrafo 12 de la Observación 14 del Comité de

Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En ese sentido, la condición de esenciales configura el núcleo duro del derecho y surge como un límite para el principio mayoritario, pues la afectación de alguno de estos componentes podría eliminar el derecho.

De otra parte, la interrelación implica que la afectación de uno de los 4 elementos pone en riesgo a los demás, lo que compromete al derecho en sí mismo. De esta forma, si bien son elementos distinguibles, todos deben ser satisfechos para garantizar plenamente el derecho, es decir, se trata de una correspondencia mutua entre los diversos componentes que permiten la configuración de la salud como fundamental.

37. De otra parte, los principios que orientan el derecho fundamental de la salud son los siguientes:

- a. Universalidad: puesto que se extiende a todos los residentes en el territorio colombiano.
- b. Pro homine: que establece la obligación de las autoridades y demás actores del sistema de salud para que adopten la interpretación más favorable de las normas vigentes para la protección del derecho.
- c. Continuidad: en el sentido de que las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua, es decir, una vez iniciada la prestación de un servicio determinado, no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas.
- d. Oportunidad: porque la prestación de los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones.
- e. Sostenibilidad: puesto que el Estado debe disponer de los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce del derecho, de acuerdo con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal.
- f. Equidad: bajo el entendido de que el Estado debe adoptar políticas públicas dirigidas específicamente al mejoramiento de la salud de personas de escasos recursos, de los grupos vulnerables y de los sujetos de especial protección.
- g. Progresividad del derecho pues el Estado tiene la obligación de promover la

correspondiente ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías de salud, la mejora en su prestación, la ampliación de capacidad instalada del sistema de salud y el mejoramiento del talento humano, así como la reducción gradual y continua de barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impidan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud

h. Otros principios son la prevalencia de derechos, la progresividad del derecho, la libre elección, la solidaridad, la eficiencia, la interculturalidad, la protección a los pueblos indígenas, comunidades ROM, afrocolombianas, raizales y palenqueras.

El parágrafo del artículo 6º de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 establece que los mencionados principios deben interpretarse de manera armónica sin privilegiar alguno de ellos sobre los demás, sin perjuicio de la adopción de acciones afirmativas en beneficio de sujetos de especial protección constitucional.

Los principios de continuidad y de integralidad en la prestación del servicio público de salud[232]

38. Este Tribunal ha establecido que el principio de continuidad constituye la garantía de que el servicio de salud no podrá ser suspendido a los pacientes, en ningún caso, por razones administrativas, jurídicas o económicas, entre otras, porque el Estado tiene la obligación constitucional de asegurar su prestación eficiente y permanente en cualquier tiempo y de esta manera respetar la confianza legítima de los usuarios[233].

El mencionado principio implica que, conforme al numeral 3.21 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 “(...) toda persona que habiendo ingresado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separado del mismo cuando esté en peligro su calidad de vida e integridad”. De esta suerte, según esta Corporación, el mencionado mandato hace parte de las responsabilidades a cargo del Estado y de los particulares comprometidos con la prestación del servicio de salud[234].

La Corte en Sentencia T-234 de 2014[235] manifestó que una de las características de todo servicio público es la continuidad en la prestación eficiente del mismo, aspecto que en materia de salud implica su oferta ininterrumpida, constante y permanente dada la necesidad y la trascendencia que tiene para los usuarios del Sistema General de Seguridad

Social. Lo anterior significa que, una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de tal forma que aquel no sea suspendido o retardado durante la recuperación o estabilización de paciente.

De igual forma, esta Corporación ha reiterado los criterios que deben tener en cuenta las EPS para garantizar la continuidad en la prestación del servicio que ofrecen a sus usuarios, específicamente sobre tratamientos médicos ya iniciados, bajo el entendido de que:

“(i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados.”[236] (Énfasis agregado)

En síntesis, para la Corte, el Estado y los particulares vinculados a la prestación del servicio público de salud, deben facilitar su acceso en términos de continuidad, lo que implica que las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que comporten la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos internos o con las IPS contratadas, que impidan la finalización óptima de los tratamientos iniciados a los pacientes[237].

39. De otra parte, la prestación del servicio de salud debe darse de manera continua y completa, según lo prescrito por el médico tratante, en consideración al principio de integralidad[238]. Bajo ese entendido, la atención médica debe realizarse de forma que incluya:

“(…) todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas 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”[239].

40. En suma, estos principios revisten una especial importancia porque amparan el inicio, desarrollo y terminación de los tratamientos médicos de forma completa, sin que pueda verse afectado por cualquier situación derivada de operaciones administrativas, jurídicas o financieras, lo que garantiza la integralidad de la prestación de los servicios, hasta tanto se logre la recuperación o estabilidad del afiliado. De este modo, el ordenamiento constitucional rechaza las interrupciones injustas, arbitrarias y desproporcionadas que afectan la salud de los usuarios[240].

41. El artículo 4º de la Ley 1751 de 2015 define al sistema de salud como el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado establezca para garantizar y materializar el derecho fundamental a la salud.

42. La atención integral de las personas en riesgo o diagnosticadas con cáncer en el país, según el Ministerio de Salud[241], es una prioridad para la implementación de acciones de política pública, la cual está conformada por tres instrumentos: i) el Plan Decenal de Salud Pública 2012-2021[242]; ii) el Plan Decenal para el Control del Cáncer en Colombia 2012-2021[243]; y iii) la Política de Atención Integral en Salud[244], que tienen como objetivos comunes los siguientes: “1) avanzar hacia la garantía del goce efectivo del derecho a la salud, 2) mejorar las condiciones de vida y salud de la población y 3) lograr cero tolerancia frente a la morbilidad, mortalidad y discapacidad evitables.”[245].

43. De esta manera, el Plan Decenal de Salud Pública 2012-2021 contiene el componente “Dimensión Vida Saludable y Condiciones no Transmisibles”[246] mediante el cual pretende definir las políticas e intervenciones sectoriales, transectoriales y comunitarias que aseguren el disfrute de una vida sana, en cualquiera de sus etapas, con la promoción de modos, condiciones y estilos de vida saludables en los espacios cotidianos de las personas, familias y comunidades y, de igual manera, a través del acceso a una atención integrada de las condiciones de las enfermedades no transmisibles como el cáncer, la diabetes, EPOC, y enfermedades cardiovasculares, entre otras[247].

En esa medida, dentro de los objetivos del mencionado instrumento se encuentran: i) favorecer de manera progresiva y sostenida la reducción a la exposición a los factores de

riesgo modificables en todas las etapas del transcurso de la vida; y ii) generar condiciones y fortalecer la capacidad de gestión de los servicios para mejorar la accesibilidad, la atención integral e integrada de las enfermedades no transmisibles y la reducción de las brechas en la morbilidad, mortalidad, discapacidad y demás circunstancias evitables, entre otras[248].

44. Por su parte, el Plan Decenal para el control del cáncer en Colombia 2012-2021 es un instrumento de política pública de trascendental importancia, debido a que establece:

“(…) la hoja de ruta para el control de esta enfermedad en el país y posiciona en la agenda pública el cáncer como un problema de salud pública que moviliza la acción del Estado, la acción intersectorial, la responsabilidad social empresarial y la corresponsabilidad individual para el control del cáncer en Colombia.”[249]

Los objetivos de esta herramienta de política pública son los siguientes: i) reducir la prevalencia de factores de riesgo modificables para cáncer; y ii) reducir las muertes evitables por cáncer mediante el mejoramiento de la detección temprana y la calidad de la atención, entre otros[250].

El cáncer de mama es una prioridad en el mencionado Plan Decenal, de hecho

“(…) conmina a todos los agentes del sector a adelantar acciones para su control [...] orientadas a incrementar la prevalencia de factores protectores, la proporción de casos de cáncer de mama en estadios tempranos, así como a aumentar las coberturas de tamización y detección temprana de cáncer de mama y garantizar la oportunidad, continuidad y pertinencia en el diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y cuidado paliativo de las mujeres con este tipo de cáncer.”[251] (Énfasis agregado)

45. Finalmente, la Política de Atención en Salud-PAIS tiene como objetivo mejorar las condiciones de salud de la población mediante la regulación de los agentes que participan en la prestación del servicio, con la finalidad de garantizar la prevención, el diagnóstico, el tratamiento y la paliación en condiciones de accesibilidad, aceptabilidad, oportunidad, continuidad, integralidad y capacidad de resolución[252].

En desarrollo de lo anterior, el Ministerio de Salud adoptó la Resolución 3202 de 2016, que desarrolló el marco operacional del Modelo Integral de Atención en Salud-MIAS y reguló las

Rutas Integrales de Atención en Salud-MIAS, que configuran la herramienta obligatoria para asegurar la integralidad de la atención. Bajo esa perspectiva, el artículo 7.4 de la mencionada normativa priorizó la Ruta Integral de Atención en Salud para las personas en riesgo o con diagnóstico de cáncer de mama, que tiene como objetivo la prevención, la detección temprana, el tratamiento, rehabilitación y el cuidado paliativo de quienes lo padecen[253].

El cáncer de mama como prioridad de las políticas públicas en salud

46. El cáncer de mama ha sido una de las principales preocupaciones de las políticas públicas en salud del país, especialmente por los índices de diagnóstico y de muertes de las mujeres que lo padecen. En ese sentido, según cifras del Ministerio de Salud, cada año son diagnosticadas 7.627 mujeres con cáncer de mama, con una “tasa cruda de incidencia” de 33.5 por 100.000 habitantes y una “tasa ajustada por edad” de 33.8 por 100.000 habitantes[254]. De igual manera, esa entidad estima que la patología expuesta representa el 12% de todos los tipos de cáncer del país[255].

Para el año 2016, según el reporte de información del Registro Administrativo de Cáncer[256], se identificó un total de 3.954 mujeres reportadas con diagnóstico de cáncer de mama, lo que representó el 14% de todos los casos nuevos de cáncer entre hombres y mujeres y el 22% de los cánceres solo en mujeres reportadas para ese periodo[257].

Ahora bien, de acuerdo con esa base de datos, según la fase o estadio clínico de la enfermedad, el diagnóstico se produce de la siguiente manera[258]:

- Estadio TNM[259] I: 7.80% de los casos reportados.
- Estadio TNM II: 24.53% de los casos reportados.
- Estadio TNM III: 32.34% de los casos reportados.
- Estadio TNM IV: el 5.39% de los casos reportados.
- Finalmente, con la condición de “no aplica” o “no clasificado” el 29.92% de los casos reportados.

47. De otra parte, esa autoridad señaló que anualmente son reportadas aproximadamente 2.226 muertes en mujeres a causa del cáncer de mama, de las cuales el 36.8% son mayores de 65 años, el 48% son mujeres entre los 45 y 64 años y el porcentaje restante corresponde a mujeres entre 15 y 44 años[260]. De esta manera, entre los años 2000 y 2011, el número de muertes registradas por este tipo de cáncer pasó de 1826 defunciones anuales para el periodo 2000-2006 a 2226 muertes anuales para el periodo 2007-2011[261]. Según el Instituto Nacional de Cancerología, el departamento de Antioquia y la ciudad de Bogotá, tienen la mayor incidencia de este tipo de cáncer en el país[262].

En ese mismo sentido, la Cuenta de Alto Costo presentó los siguientes indicadores[263]:

Casos de cáncer de mama en mujeres

Casos

2015

2016

2017

Número total de casos

37.749

43.846

Casos nuevos

4.318

3.954

4.627

Fallecidas

1.785

2.055

2.279

Casos de cáncer de mama en hombres

Casos

2015

2016

2017

Número total de casos

222

277

266

Casos nuevos

42

36

33

Fallecidas

29

19

48. Ahora bien, la comprensión del cáncer, su evolución clínica y los avances en la biología molecular sobre la génesis de esta enfermedad hacen que se trate de una “caja negra por develar”[264]. Por tal razón, la detección temprana tiene naturaleza instrumental, pues no determina la aparición de un riesgo oncológico, debido a que existen factores de exposición relacionados con cambios metabólicos que pueden traducirse en cáncer, como sería, por ejemplo, el ambiente que genera alteraciones en la expresión genética de la enfermedad[265], sumado a componentes hereditarios.

Bajo esa perspectiva los cánceres tienen diferentes comportamientos y pueden ser de “velocidad baja, intermedia y rápida”, lo que genera que algunos más veloces sean detectados en un estadio clínico avanzado y algunos de los más lentos se detecten en un estadio clínico o sobre diagnosticados, pues no requieren tratamiento, debido a que su progresión es “extremadamente lenta”[266]. Por las razones anteriores la detección temprana del cáncer:

“(…) mostrará beneficios netos como la disminución en el número de muertes prematuras y disminución en las cifras de mortalidad absoluta. (...) el país avanza en la meta de reducir los factores de riesgo modificables para la ocurrencia de este cáncer, así como la mortalidad evitable (...) con el objetivo principal de disminuir la mortalidad por cáncer de mama y a su vez identificar el cáncer de mama en estados clínicos tempranos para mejorar el pronóstico de los pacientes. Los países de altos ingresos han puesto en marcha programas organizados de detección temprana que han logrado disminuir la tasa de mortalidad por cáncer de mama en aproximadamente 2.2% anual.”[267]

49. El costo directo de los tratamientos para un paciente con cáncer de mama en Colombia, según la Cuenta de Alto Costo, varía de acuerdo al estadio clínico de la enfermedad, por lo que puede ser:

– In situ[268]: \$9.386.758.

– Estadio I-IIA: \$47.561.470.

– Estadio IIB: \$51.236.775.

- Estadío IIIA – IIIC: \$55.957.685.

- Estadío IV: \$109.176.367.

Para el Instituto Nacional de Cancerología[269], los costos estimados de cáncer de mama por estadio, metastásico y recaída son los siguientes:

Descripción

Costos

IN SITU

\$8.996.987

Estadio I-IIA

\$51.934.885

Estadio IIB

\$55.412.909

Estadio IIIA-IIIC

\$63.912.213

Estadio IV

\$144.400.865

Recaída sistémica

\$137.907.393

Recaída local

\$68.678.603.

50. En suma, la detección del cáncer en estadios tempranos permitiría reducir la morbilidad y facilitará abordajes menos intensos como cirugías, radiación o quimioterapia. De esta manera, el objetivo de una política pública basada en la detección temprana del cáncer es disminuir el número de personas que mueren o sufren la enfermedad.

51. Con fundamento en lo expuesto, el Ministerio de Salud expresó que “(...) la prevención y detección temprana del cáncer de mama es una prioridad en los ámbitos de la política pública en salud en Colombia (...)” con la que se busca “(...) reducir la prevalencia de factores de riesgo modificables para cáncer (obesidad, sedentarismo, consumo de tabaco y alcohol entre otros) y reducir las muertes evitables por cáncer de mama mediante el mejoramiento de la detección temprana y la calidad de la atención.”[270]

De esta forma, los instrumentos de política pública y la normativa regulatoria y técnica que los desarrollan evidencian las acciones tendientes a reducir la exposición a factores de riesgo, promover la adopción de factores protectores, el fortalecimiento de la prevención secundaria que incluye la tamización y la detección temprana del cáncer, y la prevención terciaria que se refiere al tratamiento, la rehabilitación y el cuidado paliativo. Conforme a lo expuesto, los principales documentos jurídicos que contienen y pretenden hacer efectivos dichos objetivos son los siguientes:

Ilustración 1 Elaborada por el despacho de la Magistrada Sustanciadora

Adicionalmente, las autoridades competentes también han adoptado instrumentos de política pública enfocados en la alimentación, hábitos saludables mediante la actividad física, el abordaje del tabaquismo y el alcoholismo, entre otros[271].

52. El Ministerio de Salud expresó que la partida presupuestaria destinada para la implementación del sistema de salud para la prevención y detección temprana del cáncer de mama en especial la adopción del Modelo Integral de Atención en Salud y la Ruta Integral para la Promoción y Mantenimiento de la Salud, que contienen las intervenciones

para la prevención y la detección temprana del cáncer de mama y otras enfermedades catastróficas y de alto costo, asciende a 2.5 billones de pesos anuales. De lo anterior, esa entidad estimó que los recursos destinados para “(...) la detección temprana del cáncer de mama está entre el 10% y el 15% del monto y está relacionada exclusivamente con las intervenciones a nivel individual, las cuales incluyen las tecnologías en salud requeridas para la tamización y diagnóstico de este tipo de cáncer con cargo a la UPC.”[272] (Énfasis agregado).

53. En conclusión, el Estado ha priorizado la atención del cáncer de mama en los objetivos de las políticas públicas, principalmente mediante acciones de detección temprana del mismo, con la finalidad de lograr una intervención integral en el paciente, que incluye el tratamiento médico y se extiende a los factores de riesgo multidimensionales. Por tal razón, todos los esfuerzos institucionales y las estimaciones presupuestarias están focalizados en fortalecer los instrumentos de política pública destinados a la prevención y diagnóstico oportuno del cáncer de mama.

Mecanismos de acceso al sistema de salud

54. Las prestaciones que ofrece el sistema de salud están estructuradas sobre una concepción integral de salud, en la que se incluyen: i) la promoción; ii) prevención; iii) paliación; iv) atención de la enfermedad; y v) rehabilitación de sus secuelas. No obstante, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios[273]:

- a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;
- b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;
- c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;
- d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;
- e) Que se encuentren en fase de experimentación;
- f) Que tengan que ser prestados en el exterior.

55. En desarrollo de lo anterior, el Ministerio de Salud diseñó los siguientes instrumentos de protección para que el afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en su condición de cotizante o de beneficiario, pueda acceder a las tecnologías y demás servicios:

55.1. El mecanismo de protección colectiva: también denominado “mancomunado riesgos individuales”, cubre las prestaciones de salud que hacen parte del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (en adelante PBSUPC) y se encuentran descritas en la Resolución 5269 de 2017, corregida por la Resolución 046 de 2018 y sus anexos: i) Listado de medicamentos; ii) Listado de procedimientos en salud, y iii) Listado de procedimientos de laboratorio clínico[274].

De esta suerte, el PBSUPC es el conjunto de servicios y tecnologías estructurado sobre una concepción integral y configura el instrumento de protección del derecho fundamental a la salud que debe ser garantizado por las EPS o las entidades que hagan sus veces, mediante la garantía de acceso a los mismos[275]. Sus contenidos se prestan con cargo a los recursos que reciben de la UPC, bajo la estricta observancia de los principios de integralidad, territorialidad, complementariedad, calidad y universalidad, entre otros[276], sin que en ningún caso los trámites de carácter administrativo se conviertan en barreras para que el usuario se beneficie del servicio[277].

Por su parte, los artículos 123 y siguientes del mencionado acto administrativo definen los eventos y servicios de alto costo, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado. Sin embargo, esta calificación no implica, de ninguna manera, modificaciones en la financiación del PBSUPC, sino que dicha conceptualización se hace para efectos del no cobro de copago.

55.2. El mecanismo de protección individual: comprende el conjunto de tecnologías en salud y servicios complementarios que no se encuentran descritos en el instrumento garantía colectiva, pero que están autorizados en el país por la autoridad competente (INVIMA, Resoluciones de Clasificación Única de Procedimientos en Salud-CUPS[278]-, de habilitación, entre otras). La prestación de estos servicios se hace a través de las entidades territoriales en el régimen subsidiado y por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) para el régimen contributivo[279], pero en

ningún caso con recursos de la UPC[280].

El Ministerio de Salud, con fundamento en las Resoluciones 3951 de 2016 y 1885 de 2018, estableció el aplicativo “MIPRES” como herramienta tecnológica para garantizar el acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC[281]a través de la prescripción u orden que hagan los profesionales de la salud inscritos en el ReTHUS[282].

56. El mecanismo de exclusiones: desarrolla el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, mediante el cual no serán financiadas con recursos públicos asignados a la salud, las tecnologías o servicios que: i) tengan finalidad cosmética o suntuaria no relacionada con la capacidad funcional o vital; ii) no tengan evidencia de seguridad, eficacia o efectividad clínica; iii) su uso no esté autorizado por autoridad competente; iv) se encuentren en fase de experimentación; o v) deban ser prestados en el exterior[283].

57. En definitiva, el Ministerio de Salud y de Protección Social ha desarrollado los mandatos constitucionales y legales de garantía de acceso a los servicios de salud en el marco del sistema general de seguridad social, bajo la implementación de 3 mecanismos de protección que son: i) colectivo; ii) individual; o, iii) de exclusiones, según hagan parte del PBSUPC o no, pero deban ser financiados con recursos públicos, o finalmente aquellos procedimientos o tecnologías que están excluidos del pago con cargo al erario.

En el caso del mecanismo de protección individual, estableció la herramienta tecnológica MIPRES, con la cual los profesionales de la salud deben prescribir u ordenar los servicios requeridos que no están incluidos en el PBSUPC con la finalidad de garantizar el acceso a los usuarios y la financiación de los mismos.

La prohibición de anteponer barreras administrativas para negar la prestación del derecho a la salud. Reiteración de jurisprudencia

58. La prestación eficiente y efectiva del servicio de salud no puede verse interrumpida a los usuarios, específicamente por la imposición de barreras administrativas que diseñe la misma entidad prestadora del servicio para adelantar sus propios procedimientos. En ese sentido, cuando se afecta la atención de un paciente con ocasión de circunstancias ajenas al afiliado y que se derivan de la forma en que la entidad cumple su labor, se desconoce el

derecho fundamental a la salud de los afiliados porque se obstaculiza su ejercicio por cuenta del traslado injustificado, desproporcionado y arbitrario de las cargas administrativas de las EPS a los afiliados[284].

Para esta Corporación, la imposición de barreras administrativas a los usuarios desconoce los principios que guían la prestación del servicio a la salud porque:

“(i) no se puede gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para la recuperación satisfactoria de su estado de salud (oportunidad), (ii) los trámites administrativos no están siendo razonables (eficiencia), (iii) no está recibiendo el tratamiento necesario para contribuir notoriamente a la mejora de sus condiciones de vida (calidad) y (iv) no está recibiendo un tratamiento integral que garantice la continuidad de sus tratamientos y recuperación (integralidad)”[285].

i) Prolongación del sufrimiento, debido a la angustia emocional que se genera en las personas soportar una espera prolongada para ser atendidas y recibir tratamiento;

ii) Complicaciones médicas del estado de salud por la ausencia de atención oportuna y efectiva que genera el empeoramiento de la condición médica;

iii) Daño permanente o de largo plazo o discapacidad permanente porque ha pasado demasiado tiempo entre el momento en que la persona acude al servicio de salud y el instante en que recibe la atención efectiva;

iv) Muerte, que constituye la peor de las consecuencias y que ocurre por la falta de atención pronta y efectiva, puesto que la demora reduce las posibilidades de sobrevivir o la negación atenta contra la urgencia del cuidado requerido.

60. Conforme a lo expuesto, la Corte ha reiterado que la interrupción o negación de la prestación del servicio de salud por parte de una EPS como consecuencia de trámites administrativos injustificados, desproporcionados e irrazonables, no puede trasladarse a los usuarios, pues dicha situación desconoce sus derechos bajo el entendido de que pone en riesgo su condición física, psicológica e incluso podría afectar su vida[287].

El examen CENTOCANCER

61. El examen de CENTOCANCER es uno de los procedimientos que la práctica clínica tiene dispuesto como instrumento médico que permite implementar medidas de prevención para el cáncer de mama. La mayoría de las instituciones oficiales, científicas y académicas coinciden en que se trata de un estudio molecular o panel multigénético realizado por la compañía alemana CENTOGENE, mediante el cual se evalúa la presencia de alteraciones genéticas y la realización de pruebas diagnósticas de un grupo de genes que están asociados con diferentes tipos de cáncer, entre los que se encuentra el de mama[288]. El Instituto de Genética de la Universidad Nacional de Colombia precisó que las muestras de análisis se toman en el país y su análisis se hace en Alemania[289].

Conforme a los conceptos de los expertos consultados[290], es un examen que se prescribe en materia de cáncer de mama bajo estricto criterio médico y con atención a las siguientes circunstancias personales y/o familiares que generan sospecha y un riesgo oncológico considerable: i) encontrarse en la edad de inicio del cáncer de mama, es decir, ser menor de 50 años; ii) contar con herencia judía asquenazi y antecedentes de cáncer de mama a cualquier edad; iii) mostrar antecedentes de cáncer de mama masculino; iv) ser portador de mutaciones conocidas en la familia; y v) tener historial familiar o personal de cáncer de ovario, trompas de Falopio o peritoneal primario, entre otras.

Sobre el propósito y beneficios de este examen, el Instituto Nacional de Salud expresó que permite evaluar algunos genes que se consideran factores de riesgo y de susceptibilidad a determinados tipos de cáncer, como el de mama, lo que posibilita que el paciente tenga información personal y de los miembros de su familia que son propensos a desarrollar la patología[291]. De esta manera, se pueden adelantar tratamientos de prevención o cirugía profiláctica, con la finalidad de reducir los niveles de riesgo de la enfermedad[292], específicamente, procedimientos que son costo-efectivos como: i) adelantar protocolos de vigilancia intensiva; y, ii) la prescripción de medicamentos como los inhibidores de PARP para pacientes con mutaciones en los genes BRCA1/BRCA2[293]. De igual manera, los intervinientes expusieron que en la práctica clínica existen otros procedimientos de paneles genéticos como son: i) MYRISK; ii) INVITAE; y, iii) GENETIX, entre otros, también pueden ser utilizados para el diagnóstico de cáncer de mama.

62. La Cuenta de Alto Costo expresó que el examen CENTOCANCER tiene un valor en el mercado de \$7.520.000, mientras que el análisis MYRISK cuesta \$10.980.000. Por su parte,

el Instituto Nacional de Cancerología manifestó que el examen CENTOCANCER tiene un valor de \$4.575.000 y la Asociación Colombiana de Hematología y Oncología estimó su costo en \$6.000.000, el cual puede variar de acuerdo con el convenio de prestación de servicios que pueda celebrarse.

63. Ahora bien, en materia de identificación del examen CENTOCANCER con el correspondiente CUPS y su pertenencia o no al Plan de Beneficios en Salud, el Ministerio de Salud expresó que durante la vigencia de la Resolución 5521 de 2013[294] estaba consagrado el código 908412 que hacía referencia al “Diagnóstico molecular de enfermedades”. Por su parte, la UIS, la Clínica de las Américas, el Instituto Nacional de Cancerología, Genética Molecular de Colombia y la Fundación AMESE, expresaron que, en vigencia de ese acto administrativo, la mencionada prueba podía ser prescrita bajo el referido código 908412.

Ahora bien, en vigencia de la Resolución 5269 de 2017[295], algunas entidades públicas y expertos consideraron que la adecuación del examen a la codificación establecida por el Ministerio de Salud podía hacerse de la siguiente manera[296]:

Institución

PBS

NO PBS MIPRES

908412

908420

908423

908424

908432

908433

908434

ADRES

X

X

Min Salud

X

X

X

X

X

X

X

X

X

Cuenta de Alto Costo

X

X

-

-

Instituto de Genética de la U. Nacional

X

-

-

Instituto Nacional de Cancerología

X

X

X

X

Academia Nacional de Medicina

X

X

Asociación de Hematología y Oncología

X

X

X

Fundación Valle de Lili

X

X

“En la Resolución 5561 (sic) de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social, se encuentra incluido el código 908412 DIAGNOSTICO MOLECULAR DE ENFERMEDADES, como parte del Plan de Beneficios en Salud-PBS colombiano.

El código 908412 DIAGNOSTICO MOLECULAR DE ENFERMEDADES, es muy amplio, pues no

es claro si hace referencia al diagnóstico molecular de cáncer u otras enfermedades; más aún, tampoco es claro si es diagnóstico molecular en el tumor “somático” o diagnóstico molecular en sangre “germinal” para evaluar predisposición al riesgo de cáncer. Este código es muy inespecífico y no se usa para paneles de cáncer hereditario en el INC-ESE.

Por otro lado, en la página web del Ministerio de Salud (...) están las circulares, resoluciones y anexos de medicamentos y procedimientos que soportan la actualización vigente de las Coberturas del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC. Dentro de estas actualizaciones, se encuentra la Resolución 5269 de 2017 en la cual se adicionan los siguientes códigos:

908420 ESTUDIOS MOLECULARES DE GENES (ESPECÍFICOS)

908421 ESTUDIO MOLECULAR DE REARREGLOS (ESPECÍFICOS)

908422 ESTUDIO MOLECULAR DE EXONES (ESPECÍFICOS)

908423 ESTUDIO MOLECULAR DE DELECCIONES Y DUPLICACIONES (ESPECÍFICAS)

908424 ESTUDIO MOLECULAR DE MUTACIONES (ESPECÍFICAS)

Menciono lo anterior, para resaltar que no hay realmente una directriz Nacional para solicitar las pruebas genéticas de cáncer hereditario, especialmente, porque todos los paneles son diferentes en cuanto al número de genes incluidos en el estudio los diseños y el alcance de los mismos, lo que obviamente se reflejará en el costo real de cada prueba genética. De tal manera, que (sic) agrupar todos paneles de cáncer hereditario con diferencias en el diseño, alcance y precio, en un mismo código, resulta confuso o poco apropiado.

El código más usado para solicitar las pruebas de cáncer hereditario podía ser el 908420 ESTUDIOS MOLECULARES DE GENES (ESPECÍFICOS), pero este no hace referencia a un panel de cáncer hereditario específico, sino al que esté disponible según la EPS (que puede ser el panel MyRisk de 28 genes que ofrece GENCELL PHARMA o el de 46 genes de INVITAE que ofrece IDIME, entre otros). Más aun (sic), cada institución tiene sus códigos para solicitar a las EPS el estudio de genes de cáncer hereditario (asociados a unos costos), lo que aumenta aún más la confusión por falta de unificación en la forma de solicitar estas pruebas en el

país.”[297] (Negrilla fuera del texto)

Por su parte, la Asociación Colombiana de Hematología expresó que:

“A pesar de que estos códigos no son específicos para paneles multigénicos, como el examen CENTOCANCER en este caso, estos son los códigos que el Ministerio de Salud ha dispuesto para hacer solicitud (sic) de estudios de genes, ya que no es posible tener un código para cada gen o combinaciones de genes susceptibles de ser solicitados en la práctica clínica. No hay otro código en la Clasificación Única de Procedimientos en Salud bajo el cual se pueda hacer solicitud de este tipo de estudios.”[298]

65. A modo de conclusión, el CENTOCANCER es un examen de panel multigénico que se utiliza, al igual que otros procedimientos, para la detección de mutaciones genéticas que permitan identificar el riesgo de cáncer de mama, entre otros y definir el tratamiento más adecuado para el paciente. Su valor oscila entre \$6.000.000 y \$8.000.000 de pesos. Los expertos consultados y las entidades públicas intervinientes tuvieron dificultad para determinar el código CUPS que identifica el procedimiento y si aquel hace parte o no del PBS. Particularmente, algunos expresaron las dificultades para prescribir esta clase de estudios porque existe confusión en la normativa para establecer el código respectivo. Hechas estas breves precisiones, procede la Sala Plena a resolver el caso concreto.

Caso concreto

66. La accionante formuló solicitud de amparo contra COOMEVA EPS por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana, a la salud y a la seguridad social, debido a la negativa de la demandada a autorizar el examen denominado CENTOCANCER, ordenado por el médico tratante, bajo el argumento de que la prescripción clínica no fue adjuntada al aplicativo MIPRES.

Por su parte, la EPS COOMEVA durante el trámite de la tutela expresó que : i) el juez constitucional no podía ordenar un procedimiento médico “no pos”, debido a que debe ser prescrito mediante el aplicativo MIPRES porque está por fuera del cubrimiento de la UPC; ii) el proceso para autorizar el examen ordenado por el médico tratante (CENTOCANCER) fue anulado en el aplicativo de solicitudes “NO POS” porque “EL CASO ESTA INCOMPLETO: Solicitud Generada por Médico Tratante a la que no se visualiza fórmula médica

indispensable para el recobro al foyga (sic).”; y, iii) la orden de tratamiento integral a la paciente es improcedente debido a que se sustenta en supuestos futuros e inciertos y presume la mala fe de la EPS.

A continuación, la Sala procede a realizar en estudio del caso concreto. Para tal efecto, en primer lugar, verificará los hechos que se encuentran debidamente probados y, posteriormente, establecerá si la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales invocados por la accionante. En el presente caso, se consideran probados los siguientes hechos:

66.1. La peticionaria tiene 39 años[299], reside en el municipio de Turbo, Antioquia[300] y está afiliada al régimen subsidiado en la entidad COOMEVA EPS. En febrero del año 2017, fue diagnosticada con “adenocarcinoma mamario”[301].

66.2. El 25 de abril de 2017 le fue autorizado el procedimiento “Panel Ngs para Cáncer Hereditario (ngs 25 genes) o (my risk Panel Multigénico) (prueba para conocer El Riesgo De Cáncer Hereditario. Adicionalmente Se Procesa Por Fuera del Territorio Nacional)”[302], el cual no le fue realizado a la tutelante.

66.3. Posteriormente, el médico tratante ordenó, el 5 de julio de 2017, la realización a la accionante de la prueba “Panel Multigénico CENTOCANCER 31 genes Código 908412 PBS”[303].

66.4. El examen ordenado fue tramitado mediante el aplicativo MIPRES y concluyó con la anulación del proceso por la ausencia de “visualización” de la orden médica que la sustentaba.

66.5. Con fundamento en la sentencia proferida por el juez de instancia, a la tutelante le fue realizada la prueba Panel de Estudio Genético de 26 genes-Perfil MYRIAD, con resultado VUS “Variante de Significado Incierto”[304]. Adicionalmente, la peticionaria “Recibio (sic) quimio neo (sic) con respuesta patológica completa. Estudio de mutación genética: VUS. Plan: 1. Cita por mastología en agosto de 2018.”[305]

66.6. La trazabilidad del caso de la paciente muestra que al procedimiento se le impartió el trámite de tecnología “NO POS”[306], es decir, se trató de un “(...) servicio no

incluido Dentro del Plan de Beneficios en Salud Según Normatividad vigente Resolución 5269 de 2017.”[307] Sin embargo, de acuerdo con las pruebas acopiadas en este proceso, el examen se encuentra incluido en el plan de beneficios.

68. El examen ordenado a la paciente estaba incluido en el PBS: en efecto, el estudio de CENTOCANCER fue ordenado por el médico tratante en vigencia de la Resolución 5521 de 2013[308], pues tiene fecha de 5 de julio de 2017[309], y en la prescripción plasmó el código 908412, seguido de las letras “PBS” para hacer referencia a su inclusión en el Plan de Beneficios en Salud, con lo cual intentó ofrecer a la EPS claridad sobre el procedimiento ordenado, su codificación y su inclusión en el PBS. De igual manera, la intervención del Ministerio de Salud en el presente asunto confirmó que dicha prueba, bajo la vigencia de la Resolución 5521 de 2013, se determinaba con el código 908412 que identificaba el diagnóstico molecular de enfermedades y por ende es un examen incluido en el Plan de Beneficios de Salud.

En ese sentido y de acuerdo con la opinión del médico tratante, las entidades públicas y los expertos invitados, para la Sala no existe duda de que la prueba CENTOCANCER ordenada a la paciente el 5 de julio de 2017, estaba determinada en la mencionada referencia regulatoria (código 908412) y se encontraba incluida en el PBS, aspecto que fue ignorado por la EPS accionada al momento de tramitar internamente la solicitud del procedimiento, pues utilizó la aplicación MIPRES, destinada a procedimientos no incluidos en el PBS, y posteriormente la anuló por falta de “visualización” de la orden médica. De esta forma, de manera negligente y deliberada sometió a la usuaria a un trámite que no era procedente, puesto que el código utilizado por el especialista tratante para definir el examen genético lo identificaba dentro de las tecnologías que hacen parte del mecanismo colectivo de protección, por tal razón, al estar incluido en el Plan de Beneficios en Salud, su aprobación no necesitaba someterse a dicha herramienta administrativa.

Respecto a la interpretación de la EPS al PBS, en particular sobre los contenidos del código carece de sustento legal, en efecto, aunque podría decirse que el entendimiento del examen como excluido del PBS deriva de que las muestras son analizadas en el exterior, el paciente no debe salir de Colombia. Además, las instituciones estatales y varios expertos consultados coincidieron en que este tipo de exámenes se encuentra incluido en el código usado en la orden suscrita por el médico tratante, por lo que dicho servicio debía ser

prestado con fundamento en el mecanismo colectivo de protección. De hecho, el médico tratante lo entendió así y lo consignó de manera expresa en la orden.

Por tal razón, la entidad accionada generó cargas administrativas que desconocen frontalmente el marco legal, además configuran maniobras dilatorias para negarse a autorizar la orden médica que sustentaba el procedimiento que la paciente requería. Esta conducta, imputable únicamente a la parte administrativa de la EPS, no al médico tratante, muestra la inobservancia de la obligación de asegurar la prestación del servicio de salud a los usuarios bajo el estricto cumplimiento de los principios de continuidad e integralidad.

69. La Sala Plena advierte que esta circunstancia no solo afecta la dimensión objetiva de los derechos fundamentales de la accionante, sino que además configura una irregularidad que compromete los recursos públicos que financian el sistema de salud que tal y como lo ha establecido esta Corporación, siempre son escasos[310]. Efectivamente, la EPS pretendía utilizar el trámite administrativo para consolidar el recobro al Estado de un procedimiento que ya estaba financiado y compensado con cargo a la UPC.

En efecto, en el expediente está probado que la EPS accionada tramitó la orden médica que contenía el examen CENTOCANCER a través del aplicativo MIPRES, puesto que siempre consideró que se trataba de un procedimiento cuyo costo no estaba previsto en la Unidad de Pago por Capitación[311], tanto así, que solicitó al juez de tutela pronunciarse sobre el recobro al FOSYGA por la prestación de un servicio “NO POS”[312]. Con este proceder, la entidad demandada desconoció que la Resolución 5521 de 2013, -vigente para el momento de la expedición de la orden médica- consagraba el código 908412 que incluía, entre otros, el examen de panel genético ordenado a la actora y por lo tanto, incluido en el PBS. Además, la demandada desconoció la indicación del especialista tratante, que de manera inequívoca señaló que el código del estudio era el 908412 y que el mismo hacía parte del PBS[313].

De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena reitera que el juez de tutela está en la obligación de actuar con vocación de protección del patrimonio que envuelva interés público[314]. La Corte manifestó en la Sentencia T-540 de 2013[315] que:

“(…) debe tenerse en cuenta en relación con el patrimonio público y su defensa, la definición que del mismo ha dado el Consejo de Estado como aquel que “cobija la totalidad

de bienes, derechos y obligaciones, que son propiedad del Estado y que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo”[316].

En el mismo sentido ha afirmado que el derecho y deber de defender el patrimonio público es de carácter colectivo:

“(…) el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público implica que los recursos públicos sean administrados de manera eficiente, oportuna y responsable, de acuerdo con las normas presupuestales, con lo cual se evita el detrimento patrimonial. A su vez, el Consejo de Estado ha concluido en múltiples ocasiones “que la afectación de patrimonio público implica de suyo la vulneración al derecho colectivo de la moralidad administrativa” por cuanto generalmente supone “la falta de honestidad y pulcritud en las actuaciones administrativas en el manejo de recursos públicos” Por último, es preciso resaltar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que el derecho a la defensa del patrimonio público ostenta doble finalidad: “la primera, el mantenimiento de la integridad de su contenido, es decir prevenir y combatir su detrimento; y la segunda, que sus elementos sean eficiente y responsablemente administrados; todo ello, obviamente, conforme lo dispone la normatividad respectiva”[317]. (Subrayado fuera de texto).”

En ese sentido, este Tribunal modificó su reglamento interno (Acuerdo 05 de 1992), que incluyó como criterio orientador para la selección de tutelas, la posibilidad de revisar asuntos económicos ante la grave afectación del patrimonio público, es decir, cuando dicha controversia económica tenga interés general en tanto que perjudica el erario. En efecto, el artículo 49A del Acuerdo 05 de 1992, establece:

“Artículo 49A. Adicionado por el Acuerdo 01 de 30 de abril de 2015. Criterios Orientadores de Selección. Sin perjuicio del carácter discrecional de la selección de fallos de tutelas y ante la inexistencia constitucional de un derecho subjetivo a que un determinado caso sea seleccionado, la Corte se guiará por los siguientes criterios orientadores:

a) Criterios objetivos: unificación de jurisprudencia, asunto novedoso, necesidad de pronunciarse sobre una determinada línea jurisprudencial, exigencia de aclarar el contenido y alcance de un derecho fundamental, posible violación o desconocimiento de un precedente de la Corte Constitucional.

b) Criterios subjetivos: urgencia de proteger un derecho fundamental o la necesidad de materializar un enfoque diferencial.

c) Criterios complementarios: lucha contra la corrupción, examen de pronunciamientos de instancias internacionales judiciales o cuasi judiciales, tutela contra providencias judiciales en los términos de la jurisprudencia constitucional; preservación del interés general y grave afectación del patrimonio público.” (Negritillas fuera de texto)

70. En suma, la actuación del juez de tutela cuando encuentra acreditada la posible afectación de los recursos del Estado, debe ser activa y comprende, además, la denuncia de dichas irregularidades ante las autoridades competentes para atenderlas, en su caso, la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General de la Nación y la Contraloría General de la República, en el marco del ejercicio de sus funciones constitucionales y legales.

71. Ahora bien, la Sala Plena llama la atención sobre las intervenciones de las entidades públicas y de los expertos invitados al presente trámite, en las que advirtieron la confusión existente en la identificación CUPS y la inclusión o exclusión en el PBS de las pruebas genéticas derivadas de la Resolución 5269 de 2017. En efecto, la determinación de las tecnologías en la CUPS genera dificultades para los profesionales de la salud y para las EPS, ya que estas pruebas pueden clasificarse en varios códigos que pueden estar, a la vez, incluidos o excluidos del PBS.

Esta situación es constitucionalmente inadmisibles, en especial, porque tanto el Ministerio de Salud como el ADRES, en su condición de autoridades regulatorias y administrativas del Sistema General de Seguridad Social en Salud, han generado confusión en la determinación del código CUPS de los estudios de paneles genéticos y su inclusión o no en el PBS, lo que representa un grave riesgo al menos en dos aspectos: i) en el derecho fundamental a la salud, pues se impone como una barrera administrativa que afecta la garantía de acceso de los usuarios a las tecnologías y servicios ofrecidos por el sistema general de seguridad social en salud, en el entendido de que la autorización de la prueba genética está sometida al aplicativo MIPRES, a pesar de que este procedimiento se encuentra contemplado en el mecanismo colectivo de protección; y, ii) para la protección de los recursos públicos destinados a la salud.

En efecto, en este último evento, la confusión generada por la regulación que codifica

estudios de paneles genéticos como el examen requerido por la actora es evidente. Para la Sala resulta notable que el Ministerio de Salud[318] y el ADRES[319] fueron las únicas instituciones que clasificaron diversos códigos que podrían referirse a este tipo de exámenes como no incluidos en el PBS, lo que origina la posibilidad de que pueda recobrase al Estado. No obstante, si el procedimiento también se entiende incluido en el PBS, ya estaba financiado y compensado por la Unidad de Pago por Capitación a la EPS. De tal forma, cabe la posibilidad de defraudar al sistema cuando el examen sea identificado mediante un código que no esté consagrado en el PBS y de esta manera habilite el recobro al Estado. De hecho, el Ministerio de Salud entiende que por la imprecisión en los códigos, podría entenderse actualmente, en vigencia de la Resolución 5269 de 2017, que este examen está incluido o excluido.

La indefinición de los códigos es de suma gravedad, especialmente si se considera que, como ha sido descrito en este caso, la EPS pretendió el recobro al sistema aunque no estaba habilitada para hacerlo, pues en vigencia de la Resolución 5521 de 2013 no había lugar a confusión. Bajo estas circunstancias, en vigencia de la normativa actual, la indefinición que han destacado diversos expertos en la materia aumenta la posibilidad de recobros sin soporte legal y de afectación de los recursos públicos.

Si en vigencia de una normativa clara, con una orden médica en la cual el profesional tratante prescribió el examen CENTOCANCER con un código incluido en el PBS y con la aclaración de su pertenencia al mismo, de manera inexplicable la EPS tramitó la prueba mediante la aplicación MIPRES, con el objetivo expreso de generar la habilitación para el recobro al FOSYGA[320] de un servicio que ya estaba financiado y compensado por la UPC, para la Sala es razonable concluir que en escenarios de mayor indefinición, como el actual, los recobros carentes de fundamento legal pueden aumentar.

72. Para la Sala es importante advertir que dicha imprecisión deberá ser aclarada por el Ministerio de Salud en el marco de sus competencias constitucionales y legales, pero en ningún caso, la identificación de la CUPS para determinar su inclusión en el PBS puede representar un obstáculo para que los usuarios accedan a los servicios de salud y tampoco, habilita el recobro de tecnologías ya financiadas y compensadas por la UPC. En tal sentido, el ejercicio de adecuación de los servicios en los códigos no podrá realizarse bajo criterios interpretativos restrictivos, sino que, en caso de confusión, deberá preferirse, con

fundamento en los principios pro homine[321] y de no regresividad, a aquella comprensión que más favorezca a los pacientes y que, además, garantice el principio de sostenibilidad fiscal, con fundamento en el artículo 6º de la Ley 1751 de 2015. En otras palabras, en caso de duda, porque el procedimiento médico puede adecuarse a códigos que determinan que está incluido o no en el Plan de Beneficios en Salud, debe preferirse el financiamiento de la UPC. Esta medida garantiza la mayor protección posible del derecho fundamental a la salud y asegura la sostenibilidad fiscal del sistema, pues protege el patrimonio público y evita recobros por servicios que ya fueron compensados.

“Progresividad del derecho. El Estado promoverá la correspondiente ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías de salud, la mejora en su prestación, la ampliación de capacidad instalada del sistema de salud y el mejoramiento del talento humano, así como la reducción gradual y continua de barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impidan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud.”

Por lo tanto, una de las obligaciones derivadas de la aplicación principio de progresividad es la no regresividad entendida“(…) en el sentido que una vez alcanzado un determinado nivel de protección ‘la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad’[322].”[323]

Este postulado no solo es predicable de la actuación del Legislador, sino que también se exige de la actividad de la administración, en especial cuando se trata del diseño y ejecución de políticas públicas para la efectividad de derechos, en especial los de contenido económico[324].

Lo expuesto no implica que no se puedan excluir procedimientos por parte de la autoridad regulatoria, sino que, tal y como lo ha reiterado esta Corporación, la actuación administrativa de exclusión debe estar debidamente justificada en términos de proporcionalidad y de sostenibilidad fiscal, con lo cual podría superar el juicio de constitucionalidad respectivo. En efecto, en Sentencia C-754 de 2015[325] la Corte estableció que el desarrollo de este principio es diferente para cada derecho, pues si bien

configura un mandato de no retroceso, según el cual existe una prohibición prima facie de regresión, tiene un margen cuando ésta se pueda justificar[326]. Bajo esa perspectiva, en aquella oportunidad esta Corporación reiteró las siguientes reglas jurisprudenciales generales:

i) Las medidas que constituyan un retroceso en la protección de los derechos sociales, económicos y culturales, como sería el derecho a la salud son prima facie inconstitucionales[327];

ii) La libre configuración del Legislador y la actuación de la administración[328], en especial de órganos regulatorios, se reduce en materia de estos derechos[329], pues cuando adopten medidas que produzcan una disminución en el nivel de protección alcanzado, tienen un deber de justificación conforme al principio de proporcionalidad[330];

iii) En virtud de este principio no es posible avalar la inactividad del Estado en su tarea de implementar acciones para lograr la protección integral de los derechos[331];

iv) En relación con las facetas prestacionales de los derechos que no son exigibles de forma inmediata, es posible solicitar judicialmente “(1) la existencia de una política pública, (2) orientada a garantizar el goce efectivo del derecho y (3) que contemple mecanismos de participación de los interesados”[332].

Bajo esa perspectiva, el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 consagra que los servicios o tecnologías que sean excluidos deberán estar explícitamente identificados, para lo cual se deberá adelantar un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente, en el que se evalúe el criterio de expertos independientes de alto nivel, las asociaciones profesionales de la especialidad y los pacientes que puedan resultar afectados con la decisión de exclusión.

En suma, la necesidad de que la autoridad regulatoria determine la adecuación de las pruebas de paneles genéticos en el país mediante el procedimiento CUPS y su inclusión en el PBS, debe hacerse con plena observancia de los principios pro homine, de no regresividad y de sostenibilidad fiscal, lo que de ninguna manera implica la prohibición de exclusión de procedimientos y servicios del PBS, siempre que se cumpla con el deber de

justificación en términos de proporcionalidad y en el marco de un escenario deliberativo, técnico y especializado, en el que también participen los usuarios que puedan resultar afectados, conforme a lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.

73. De otra parte, para la Sala Plena es evidente que, si bien el uso del aplicativo MIPRES no era procedente en el presente asunto porque el examen CENTOCANCER fue identificado con el código 908412 que indica que hace parte del PBS, el trámite realizado por la EPS muestra un déficit de garantías fundamentales para los usuarios del sistema, puesto que:

- El derecho a la información de los pacientes no está protegido, por la inexistencia de un canal de comunicación con la EPS que sea eficaz y les permita conocer oportunamente el estado de la gestión administrativa y las razones que sustentan dicha actuación.
- Se trata de un procedimiento administrativo en el que no intervienen los usuarios, pero sí define la autorización de los servicios médicos requeridos.
- Pueden ser destinatarios de las consecuencias de las omisiones administrativas de las EPS, que no son controlables por el paciente.
- Aunque se garantizara oportunamente el derecho a la información de los usuarios, no cuentan con ningún recurso administrativo idóneo y eficaz para reclamar directamente ante la EPS con la finalidad de que supere las deficiencias administrativas que afectan su proceso.

De esta manera, es evidente que en este caso el trámite y posterior anulación configuró una grosera afectación al derecho fundamental de la accionante, puesto que, no sólo no era aplicable, sino que tampoco podía conocer oportunamente el estado de su trámite, ya que se trata de una gestión administrativa en la que no participa. Adicionalmente, le fue trasladada la supuesta omisión administrativa de adjuntar la orden médica, sin que la EPS adelantara la más mínima actuación tendiente a garantizar el acceso a la prestación requerida por la usuaria.

En ese sentido, las EPS tienen el deber constitucional y estatutario de remover las barreras administrativas que impiden el acceso a los servicios de salud. En el presente caso, si es que fuera procedente utilizar el MIPRES, COOMEVA estaba en la obligación de superar la

inconsistencia presentada en la aplicación, la cual consistía en requerir al médico tratante para que adjuntara la orden, y de esta manera garantizar el derecho fundamental a la salud de la usuaria y no declarar la “anulación” del trámite y desconocer la mencionada garantía. Con todo, la Sala reitera que usar la plataforma no era lo indicado porque, tal y como se acreditó previamente, el examen CENTOCANCER correspondía indiscutiblemente al código 908412, el cual estaba incluido en el PBS, según lo prescrito por el médico tratante, confirmado por el Ministerio de Salud y los expertos invitados en vigencia de la Resolución 5521 de 2013[333].

74. De igual manera, la Sala Plena llama la atención sobre el procedimiento administrativo impartido por la EPS a la orden proferida por el juez de primera instancia, en el sentido de practicar el examen a la accionante denominado “PANEL NGS PARA CANCER HEREDITARIO (NGS 25 GENES) O (MY RISK PANEL MULTIGÉNICO), puesto que lo tramitó como tecnología “NO POS”[334] porque consideró que se trataba de un “(...) servicio no incluido Dentro del Plan de Beneficios en Salud Según Normatividad vigente Resolución 5269 de 2017”[335], no obstante, todos los expertos y autoridades públicas, coincidieron en que dicha prueba era equivalente al CENTOCANCER, por lo que, prima facie, podría estar incluida en el PBS y contar con financiamiento y compensación de la UPC.

75. En conclusión, la EPS accionada actuó con un completo desprecio por la salud y la integridad física de la actora, así como por la protección de los recursos públicos que financian el sistema de salud. La omisión y el retardo en la práctica del examen podría haberle generado a la demandante complicaciones médicas y configuró un permanente estado de incertidumbre, que es intolerable en términos ius fundamentales y que se traduce en el sufrimiento, la obstrucción de su tratamiento, la imposibilidad de obtener resultados oportunos que contribuyan a su recuperación y el riesgo de daños multidimensionales irreparables, debido a la negligencia e inoperancia de la entidad demandada.

La negativa de la entidad accionada de atender pronta y eficazmente a la paciente, con fundamento en la imposición de trámites administrativos improcedentes, es contraria a las disposiciones constitucionales y legales que regulan la prestación del servicio de salud, a los postulados mínimos de la razón y desconoce criterios básicos y elementales de la lógica, pues le impuso a la usuaria la irracional labor de adelantar una gestión de imposible realización, en atención a que el aplicativo MIPRES no regulaba la autorización del

procedimiento ordenado, por la sencilla razón que la práctica de ese examen podía autorizarse bajo un código que lo incluía en el PBS. En ese sentido, la EPS debió proteger las garantías ius fundamentales de la paciente a través de la remoción de todas las barreras administrativas que impidieran la prestación efectiva y oportuna del servicio de salud.

Esta práctica está proscrita por la Carta y por la ley estatutaria, por lo que no puede ser fomentada por las entidades encargadas de la prestación del servicio público de salud por medio de la elusión consciente e institucionalizada del trato humano que deben recibir los usuarios del Sistema General de Protección Social en Salud. La accionada debió autorizar de manera inmediata la orden médica, pues no requería ser tramitada por el aplicativo MIPRES, con lo cual podría haber ejecutado el procedimiento ordenado y garantizar el tratamiento integral que se requiriera posteriormente. La Sala llega a tal conclusión con base en los argumentos presentados por el Ministerio de Salud y los expertos consultados, que coincidieron en expresar que bajo la vigencia de la Resolución 5521 de 2013, la prueba prescrita para la paciente podía determinarse a partir del código 908412, como en efecto fue referenciada por el médico tratante, lo cual fue inobservado por la EPS accionada.

En suma, la Sala encontró acreditada la vulneración de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales a la salud y a la integridad física de la demandante. También comprobó una posible afectación al patrimonio público derivada de la indeterminación de los códigos para identificar el examen de paneles genéticos, como el CENTOCANCER, por lo que compulsará copias del expediente a la Superintendencia Nacional de Salud, a la Procuraduría General de la Nación, a la Fiscalía General de la Nación y a la Contraloría General de la República para que, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, adelanten las correspondientes investigaciones a las que haya lugar.

Las órdenes de protección constitucional

76. La Sala considera que en el presente asunto se configuró la carencia actual de objeto por hecho superado, por lo que la Sala revocará la sentencia de segunda instancia. Esta decisión tiene sustento en el hecho de que en este caso no puede proferirse orden de protección en favor de la accionante y la confirmación de la providencias de instancia se torna improcedente, en atención a que la Corte se pronunció sobre otros aspectos que no fueron resueltos por los funcionarios judiciales de conocimiento, aunque sobre ellos recaía

la obligación constitucional de hacerlo, particularmente en relación con la garantía del derecho a la salud mediante la superación de barreras regulatorias y administrativas, así como la protección adecuada del patrimonio público con los que se financia el Sistema de Seguridad Social en Salud.

En este caso, los supuestos fácticos del presente caso se diferencian de otros eventos en los que la Corte simplemente ha confirmado los fallos de instancia y declarado la carencia actual de objeto por hecho superado, en atención a la trascendencia constitucional de los aspectos cuyo análisis no fue abordado por los funcionarios de conocimiento. Por tal razón, en este asunto la actuación del juez de tutela no se agotaba en la satisfacción particular de la pretensión de la accionante, sino que exigía una aproximación de mayor contundencia en materia de garantía del derecho a la salud y los mecanismos administrativos para su protección.

77. El estudio del asunto de la referencia permitió acreditar la vulneración del derecho fundamental a la salud de la peticionaria. Por lo tanto, considera necesario adoptar las siguientes medidas tendientes a proteger la dimensión objetiva de los derechos desconocidos:

77.1. PREVENDRÁ a la EPS accionada que preste los servicios de salud que requiera la accionante en relación con su patología oncológica. Para tal efecto, deberá remover todos los obstáculos administrativos y realizar directamente y de manera coordinada con la institución prestadora de salud seleccionada las gestiones necesarias para tal fin con fundamento en la regulación vigente, particularmente mediante el uso de los mecanismos colectivo e individual dispuestos en la regulaciones para dichos efectos, por lo que, en ningún caso, podrá trasladar las cargas administrativas que le corresponden a la paciente.

77.2. EXHORTARÁ al Ministerio de Salud para que, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, y en un término de 6 meses expida auto administrativo para que: i) aclare las imprecisiones relacionadas con la identificación de los exámenes genéticos como el CENTOCANCER en la CUPS ;y, ii) defina su inclusión o no en el PBS. Para tal efecto, deberá tener en cuenta la dinámica cambiante de los procedimientos mencionados para su adecuación a los respectivos códigos con el mayor grado de certeza y claridad posible, bajo

estrictos criterios derivados de la interpretación según los principios pro homine, de no regresividad y de sostenibilidad fiscal. Debe prestar atención especial cuando se presenten dudas en la determinación del código y su financiación o no mediante UPC, de tal manera que si están incluidos en el PBS no pueda haber interpretaciones razonables que los consideren excluidos del mismo.

77.3. EXHORTARÁ al Ministerio de Salud, para que, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, y en un término de 6 meses regule las garantías administrativas de los usuarios y las obligaciones de las EPS, relacionadas con los obstáculos generados por el aplicativo MIPRES. En particular es necesario que esas entidades remuevan en el menor tiempo posible todas las barreras que generan las inconsistencias de gestión en dicha plataforma y que, en todo caso, protejan el derecho a la información de los usuarios mediante la comunicación oportuna del estado de la solicitud y de la manifestación de las razones que sustentan las decisiones adoptadas por la EPS sobre la misma.

77.4. Por Secretaría General, COMPULSARÁ COPIAS del expediente y de la presente sentencia a la Superintendencia Nacional de Salud para que, dentro del ámbito de sus competencias legales de inspección, vigilancia y control, adelante la correspondiente indagación administrativa a COOMEVA EPS con ocasión de las omisiones y la negligencia en la prestación del servicio público de salud a la accionante, así como las irregularidades expuestas en esta sentencia relacionada con el uso del aplicativo MIPRES para la autorización de un procedimiento médico que estaba incluido en el Plan de Beneficios en Salud.

77.5. Por Secretaría General de la Corte, OFICIARÁ a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, al Ministerio de Salud y Protección Social y a la Superintendencia Nacional de Salud para que, dentro del ámbito de sus competencias constitucionales y legales acompañen y socialicen el cumplimiento de esta sentencia.

77.6. De igual manera, la Sala ORDENARÁ que por intermedio de la Secretaría General de la Corte, se compulsen copias del expediente y de este fallo a la Procuraduría General de la Nación, a la Contraloría General de la República y a la Fiscalía General de la Nación para que, dentro del ámbito de sus competencias constitucionales y legales, investiguen la gestión pública y sus efectos en materia de daño al erario, posiblemente causado por la

irregularidad de COOMEVA EPS, relacionada con el uso del aplicativo MIPRES para la autorización de procedimientos médicos que estaban incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, en la prestación del servicio público de salud. En efecto, la Sala Plena insiste en que el examen CENTOCANCER ordenado a la tutelante fue identificado por el médico tratante mediante el código 908412, quien, además, referenció que estaba incluido en el PBS, circunstancia que fue confirmada por el Ministerio de Salud y otros expertos, lo que implicaba que no requería el uso de la herramienta MIPRES y era improcedente su recobro, en atención a que su financiamiento y compensación se había realizado mediante la UPC. Adicionalmente, el cumplimiento de la orden del juez de primera instancia, en el sentido de practicarle a la peticionaria un examen de panel multigénico, similar al CENTOCANCER, fue gestionada mediante el aplicativo MIPRES, lo que habría generado un doble cobro por un procedimiento que ya estaba financiado y compensado con la UPC.

Conclusiones

78. La Sala Plena conoció la acción de tutela formulada por la señora María Antonia González Córdoba contra COOMEVA EPS, por la falta de autorización de un examen de panel genético denominado CENTOCANCER, ordenado por su médico especialista en el marco de su tratamiento por cáncer de mama.

79. De forma preliminar, la Corte encontró acreditada la operancia de la carencia actual de objeto por hecho superado, bajo el entendido de que a la accionante la EPS demandada ya le había practicado el examen de panel genético, conforme a la orden proferida por el juez de primera instancia. Bajo ese entendido, en sede de Revisión no podía garantizarse el cumplimiento de la pretensión que sustentaba la solicitud de amparo, porque fue satisfecha en el trámite de la acción de tutela.

80. No obstante lo anterior, la Sala resolvió que debía pronunciarse sobre la acción constitucional, puesto que era necesario establecer la protección de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales invocados y la obligación del juez de tutela de actuar con vocación de protección del patrimonio público.

81. Conforme a lo anterior, este Tribunal encontró acreditada la procedibilidad de la acción de tutela en el presente asunto, pues se cumplieron los presupuestos de legitimación activa y pasiva, de inmediatez y de subsidiariedad. En este último punto, precisó las reglas

jurisprudenciales de procedencia del amparo con ocasión de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Salud, las cuales se cumplieron en el presente asunto, particularmente, porque se trató de una madre cabeza de familia, afiliada al régimen subsidiado en salud y en su lugar de residencia no se prestan los servicios jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, por lo que carece de medios judiciales ordinarios y extraordinarios idóneos y eficaces para la lograr la protección de sus derechos fundamentales.

De igual manera, hizo un llamado a esa autoridad para que realice de manera progresiva los ajustes en su estructura interna que le permitan ampliar su cobertura nacional, ejercer sus competencias jurisdiccionales de manera más cercana al ciudadano y de forma eficiente, con el compromiso ineludible de garantizar los derechos fundamentales de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

82. Superado el análisis de procedibilidad de la acción de tutela de la referencia, la Sala Plena formuló el problema jurídico en el sentido de establecer si la EPS accionada vulneró el derecho fundamental a la salud de la paciente, por haberse negado a prestar el procedimiento médico formulado porque el especialista tratante no diligenció el aplicativo MIPRES en debida forma. La respuesta a la cuestión planteada fue la siguiente:

83. El examen CENTOCANCER ordenado a la paciente por su médico tratante es una prueba genética que busca identificar factores de riesgo oncológicos asociados al cáncer de mama. Para las entidades públicas y los expertos consultados por la Corte, es un procedimiento que se encuentra en el Plan de Beneficios en Salud y no requiere la gestión del aplicativo MIPRES para su autorización.

84. La prevención del cáncer y particularmente el de mama es una prioridad para la política pública en salud. Los instrumentos de regulación, acción y de atención de la mencionada enfermedad expedidos por las autoridades del Sistema General de Seguridad Social en Salud, dan cuenta de la preocupación por sus altos índices de diagnóstico y muerte, especialmente de mujeres, y la necesidad de atención por parte del Estado y de todas las entidades competentes para sumar esfuerzos en la prevención y la identificación temprana de la enfermedad, a partir de acciones multidimensionales, que abarcan el aspecto médico-científico y se extienden a la promoción de una vida saludable.

85. La Sala reiteró que la prestación eficiente y efectiva del servicio de salud no puede verse interrumpida a los usuarios, particularmente por la imposición de barreras administrativas que diseñen tanto las instituciones públicas regulatorias como las entidades que prestan el servicio de salud. En tal sentido, cuando se afecta la atención de un paciente con ocasión de circunstancias ajenas al afiliado y que se derivan la forma en que la entidad cumple su labor, se desconoce el derecho fundamental a la salud de los usuarios porque se obstaculiza su ejercicio por cuenta del traslado injustificado, desproporcionado y arbitrario de las cargas administrativas de las EPS a los afiliados.

86. En el caso concreto, la Sala encontró que la regulación actual de los procedimientos de paneles genéticos genera dificultades por la confusión en la identificación en la clasificación en la CUPS y las dudas sobre su inclusión en el PBS. De igual manera, el aplicativo MIPRES ocasiona déficits de protección constitucional en los usuarios del sistema de salud porque no existen mecanismos de comunicación que les permitan conocer el estado de las solicitudes de tratamientos médicos y las razones de su anulación. Del mismo modo, el procedimiento carece de recursos administrativos para controlar las actuaciones de las EPS. Esta situación representa una carga desproporcionada para los pacientes, ya que son los destinatarios de las omisiones administrativas de las entidades que prestan el servicio de salud.

87. La EPS COOMEVA desconoció los derechos fundamentales a la salud de la actora al omitir injustificadamente la autorización del examen genético ordenado porque le impuso una gestión administrativa que era improcedente (MIPRES), con lo que además pudo haber afectado los recursos públicos que financian el sistema en salud, pues aparentemente generó un recobro por un servicio que ya había sido compensado con cargo la UPC.

88. De acuerdo con lo expuesto, la Sala adoptó las siguientes medidas de protección:

- Prevenir a la EPS accionada para que preste los servicios de salud que requiere la accionante en relación con su patología oncológica, sin que pueda anteponer barreras administrativas para justificar la omisión de la atención médica requerida por la paciente.
- Exhortar al Ministerio de Salud para que expida acto administrativo para que: i) aclare las imprecisiones relacionadas con la identificación de los exámenes genéticos como el CENTOCANCER en la CUPS; y, ii) defina su inclusión o no en el PBS. Para tal efecto, deberá

tener en cuenta la dinámica cambiante de los procedimientos mencionados para su adecuación a los respectivos códigos con el mayor grado de certeza y claridad posible, bajo estrictos criterios derivados de la interpretación según los principios pro homine, de no regresividad y de sostenibilidad fiscal.

De igual manera, esa entidad fue exhortada para que regule las garantías administrativas de los usuarios y las obligaciones de las EPS, relacionadas con los obstáculos generados por el aplicativo MIPRES. En particular es necesario que esas entidades remuevan en el menor tiempo posible, todas las barreras administrativas que afectan el ejercicio del derecho a la salud de los usuarios.

- Compulsar copias del expediente y de la sentencia a la Superintendencia Nacional de Salud, a la Fiscalía General de la Nación, a la Contraloría General de la República y a la Procuraduría General de la Nación, para que en el marco de sus competencias constitucionales y legales, investiguen la actuación de COOMEVA EPS, en relación con la omisión de prestación del servicio de salud, las irregularidades en el uso del aplicativo MIPRES y la posible afectación del erario, con ocasión del supuesto recobro de un servicio médico que estaba incluido en el Plan de Beneficios en Salud, por lo que había sido financiado y compensado con cargo a los recursos públicos que fondean el Sistema General en Salud.

- Oficiar a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, al Ministerio de Salud y Protección Social y a la Superintendencia Nacional de Salud para que, dentro del ámbito de sus competencias constitucionales y legales acompañen el cumplimiento de esta sentencia.

Decisión

Con fundamento en lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO: LEVANTAR la suspensión de términos ordenada mediante auto del veintitrés (23) de mayo de 2018.

SEGUNDO REVOCAR la sentencia del nueve (9) de noviembre de 2017, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, que confirmó la providencia del veintinueve (29) de septiembre de 2017 del Juzgado Segundo Civil Municipal de Oralidad de esa misma ciudad, dentro de la acción de tutela promovida por la señora María Antonia González Córdoba contra COOMEVA EPS. En su lugar, DECLARAR la configuración de la carencia actual de objeto por HECHO SUPERADO.

TERCERO: PREVENIR a COOMEVA EPS para que preste los servicios de salud que requiera la accionante en relación con su patología oncológica. Para tal efecto, deberá remover todos los obstáculos administrativos y realizar directamente y de manera coordinada con la institución prestadora de salud seleccionada las gestiones necesarias para tal fin con fundamento en la regulación vigente, por lo que no podrá trasladar este tipo de cargas a la paciente.

CUARTO: EXHORTAR al Ministerio de Salud para que, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, y en un término de 6 meses, expida acto administrativo que: i) aclare las imprecisiones relacionadas con la identificación de los exámenes genéticos como el CENTOCANCER en la Clasificación Única de Procedimientos en Salud -CUPS-; y, (ii) defina su inclusión o no en el Plan de Beneficios en Salud. Para tal efecto, deberá tener en cuenta la dinámica cambiante de los procedimientos mencionados para su adecuación a los respectivos códigos con el mayor grado de certeza y claridad posible, siempre con una interpretación acorde a los principios pro homine, de no regresividad y de sostenibilidad fiscal. Debe prestar atención especial cuando se presenten dudas en la determinación del código y su financiación mediante la Unidad de Pago por Capitación -UPC-. De tal manera, si los exámenes, procedimientos o tecnologías están incluidos en el PBS, no puede haber interpretaciones razonables que los consideren excluidos del mismo.

QUINTO: EXHORTAR al Ministerio de Salud para que, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, y en un término de 6 meses, regule las garantías administrativas de los usuarios y las obligaciones de las EPS relacionadas con los obstáculos generados por el aplicativo MIPRES. Es necesario remover todas las barreras que generan las inconsistencias de gestión en dicha plataforma, y proteger el derecho a la información de los usuarios mediante la comunicación oportuna del estado de la solicitud y la manifestación de las razones que sustentan las decisiones adoptadas por la EPS sobre la

misma.

SEXTO: Por Secretaría General COMPULSAR COPIAS del expediente y de la presente sentencia a la Superintendencia Nacional de Salud para que, dentro del ámbito de sus competencias legales de inspección, vigilancia y control, adelante la correspondiente indagación administrativa a COOMEVA EPS con ocasión de las omisiones y la negligencia en la prestación del servicio público de salud a la accionante, así como las irregularidades expuestas en esta sentencia relacionadas con el uso del aplicativo MIPRES para la autorización de un procedimiento médico que estaba incluido en el Plan de Beneficios en Salud.

SÉPTIMO: Por Secretaría General de la Corte, OFICIAR a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, al Ministerio de Salud y Protección Social y a la Superintendencia Nacional de Salud para que, dentro del ámbito de sus competencias constitucionales y legales acompañen y socialicen el cumplimiento de esta sentencia.

NOVENO: ORDENAR que, por intermedio de la Secretaría General de la Corte, se expidan copias del presente fallo con destino a la Sala Especial de Seguimiento de la Sentencia T-760 de 2008 para lo de su competencia.

DÉCIMO: Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Presidente

Con aclaración de voto

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Ausente en comisión

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaría General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

A LA SENTENCIA SU124/18

1. Respetuosamente consigno las razones que me llevaron en su día, a aclarar el voto frente a la decisión mayoritaria, al entender el suscrito que debía hacerse un mayor énfasis en la función jurisdiccional encargada a la Superintendencia Nacional de Salud de cara al asunto debatido, así como en los deberes de los órganos de control frente a situaciones como las evidenciadas en el caso bajo estudio, donde pudo haberse presentado una malversación de los recursos destinados al financiamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues aparentemente la EPS accionada generó un recobro por un servicio que ya había sido compensado con cargo a la UPC.

2. La sentencia SU-124 de 2018 decidió la acción de tutela formulada por la señora María Antonia González Córdoba contra COOMEVA EPS por falta de autorización de un examen de panel genético denominado Centocáncer ordenado por su médico especialista, en el marco de su tratamiento por cáncer de mama. La Corte revocó las sentencias de instancia que tutelaron los derechos de la accionante y declaró la carencia actual de objeto por hecho superado al haberse practicado el examen requerido, tal como se constató en sede de revisión.

Además exhortó a COOMEVA EPS para que prestara los servicios de salud que requiriera la accionante con respecto a su patología; exhortó al Ministerio de Salud y Protección Social para que en seis meses regulara las imprecisiones relacionadas con la identificación de los exámenes genéticos y su inclusión en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), así como las garantías administrativas de los usuarios y las obligaciones de las EPS relacionadas con los obstáculos generados por el aplicativo MIPRES; y dispuso la compulsa de copias ante la Superintendencia Nacional de Salud para que adelantara la correspondiente indagación administrativa a la EPS accionada debido a las omisiones y negligencia en la atención de la accionante, así como sobre las irregularidades advertidas con el uso del aplicativo MIPRES para la autorización de un procedimiento médico que estaba incluido en el Plan de Beneficios en Salud.

En igual sentido ofició a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, al Ministerio de Salud y Protección Social y a la Superintendencia Nacional de Salud para que acompañaran y socializaran el cumplimiento de la sentencia. De la misma forma, dispuso la compulsa de copias ante la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República y la Fiscalía General de la Nación para que investiguen la gestión pública y sus

efectos en materia de daño al erario, posiblemente causado por la irregularidad en el uso del aplicativo MIPRES para la autorización de un procedimiento médico incluido en el Plan de Beneficios de Salud.

3. En los hechos de la tutela se estableció que la accionante, de 39 años y residente en Turbo, Antioquia, se encuentra afiliada al régimen subsidiado en COOMEVA y en febrero de 2017 le diagnosticaron “adenocarcinoma mamario”, por lo que una vez realizada la biopsia y analizado el resultado por su médico tratante y el staff de la sección de oncología, se le recomendó la realización de una prueba genética llamada Centocáncer.

Se señaló en el trámite de las instancias que el panel ngs no estaba incluido en el POS, por lo que debía ser pedido mediante la plataforma MIPRES con justificación del médico tratante donde se indicaran las razones por las cuales la paciente requería un tratamiento que estaba por fuera del cubrimiento de la UPC. Con respecto al panel multigénico se llevó al aplicativo como una solicitud No Pos, la cual fue anulada por estar incompleta, lo que generó su negativa.

No obstante, se estableció que el examen ordenado a la accionante se encontraba incluido en el PBS, lo cual fue ignorado por la EPS accionada al momento de tramitar internamente la solicitud del procedimiento, ya que utilizó la aplicación MIPRES destinada a procedimientos no incluidos en el PBS y posteriormente la anuló por falta de visualización de orden médica, sometiendo a la paciente a un trámite que no era procedente, pues al estar incluido en el PBS, su aprobación no necesitaba someterse a tal herramienta administrativa.

4. En este sentido, el fallo de tutela llamó la atención de la Superintendencia Nacional de Salud a efectos de que de manera progresiva realizara los ajustes necesarios a su estructura interna y pudiera atender los requerimientos que presentan los usuarios del sistema, particularmente en la cobertura nacional, bien sea en ejercicio de sus funciones administrativas y en especial, aquellas que tienen naturaleza jurisdiccional, de tal manera que logre un acercamiento real y efectivo en cualquier parte del país con los ciudadanos que demandan su intervención.

Sin embargo, y a ello dirijo mi aclaración, más que llamados de atención la Corte se encuentra en la obligación como máxima intérprete de la Constitución, de emitir órdenes

tendientes al cumplimiento de las funciones asignadas a determinados entes, como en este caso a la Superintendencia Nacional de Salud, en tanto es la cabeza del Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud[336], a la que de conformidad con la Ley 1122 de 2007, se le asignaron funciones jurisdiccionales con el objeto de garantizar la efectiva protección de los derechos de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud[337].

De modo que establecidas en la ley las funciones administrativas y jurisdiccionales de dicho organismo, ante el incumplimiento de sus obligaciones de control sobre aquellas entidades promotoras que vigila, debe la Corte impartirle órdenes tendientes al acatamiento de las que le fueron asignadas, en vista de que la Superintendencia tiene a su cargo una atribución relevante en materia de protección de derechos de los usuarios del Sistema y el que no cuente con la infraestructura requerida para su atención no puede llegar a ser excusa para la omisión de sus deberes.

Lo anterior partiendo de la base de que no obstante las funciones jurisdiccionales asignadas por ley, no cuenta con el diseño institucional completo para cumplir con su misión. De un lado, se ha indicado que debido a que no se encuentra presente en todo el territorio nacional, en ocasiones los usuarios presentan problemas de acceso a tal mecanismo jurisdiccional[338] y de otra parte, como no se reguló el término en el que las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales -de acuerdo con la competencia asignada por el numeral 1º del artículo 30 del Decreto 2462 de 2013-, deben resolver las impugnaciones formuladas en contra de las decisiones proferidas por la Superintendencia, se presentan dificultades en la adopción de la respectiva determinación[339], de ahí la exhortación realizada al Congreso en esta materia[340].

De hecho, en la audiencia pública a la que convocó la Sala Plena de la Corte el 6 de diciembre de 2018 en el marco del seguimiento a la sentencia T-760 de 2008, el Superintendente Nacional de Salud reconoció el atraso que presenta la entidad en la resolución de los asuntos sometidos a su conocimiento, ocasionado en la falta de personal, de equipos de cómputo y, en fin, de la estructura necesaria para cumplir tal labor[341], lo que refuerza la idea de que en las decisiones que profiera esta Corporación deben emitirse órdenes, con tiempos definidos, a efectos de que se ejecuten determinadas acciones.

De acuerdo con los hechos expuestos en este caso, las actuaciones irregulares de COOMEVA EPS no pueden quedar desprovistas de atención por parte de un ente como la Superintendencia, que en ejercicio de sus funciones, tiene el deber de imponer las sanciones y proferir las órdenes que permitan superar la afectación al sistema de salud, a la que, según lo que se ha explicado, se le debe dar un término para que rinda un informe sobre las indagaciones que llegue a realizar, lo que de alguna manera asegura una intervención eficaz, oportuna y cumplida independientemente de la capacidad de adelantarla con la que cuente.

5. En el mismo sentido, los órganos de control, por cuenta del principio de colaboración armónica entre las instituciones estatales, deben cumplir una función preventiva que implique la posibilidad de realizar labores de verificación en el cumplimiento de las obligaciones entregadas a aquellos entes encargados de la prestación de servicios a la ciudadanía, entre los que se encuentran las EPS, para evitar de esta manera la corrupción y a efectos de que se propicien estándares de atención oportuna y eficiente a la población destinataria de la misma.

El sistema de salud en Colombia ha sido uno de los más afectados con los hechos que atentan contra el tesoro público y por ello es necesario que los órganos de control intervengan de una manera mucho más activa en esta materia; limitarse a una actuación posterior para evaluar los efectos de las irregularidades cuando estas han sido denunciadas o advertidas una vez expuestas sus consecuencias, no responde a un modelo de prevención de los hechos que terminan afectando de manera considerable a la sociedad entera.

La compulsa de copias dispuesta en el fallo ante la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República y la Fiscalía General de la Nación para que dentro del ámbito de sus competencias constitucionales y legales investiguen la gestión pública y sus efectos en materia de daño al erario, posiblemente causado por la irregularidad de COOMEVA EPS, responde a esta intención, pero le parece al suscrito que debe impulsarse a través de las decisiones de la Corte una intervención más oportuna, activa y preventiva por parte de tales entes en esta materia, en tanto se encuentran de por medio recursos públicos.

Dejo de esta forma consignadas las razones de la aclaración de mi voto, tal como lo anuncié

en la discusión en Sala Plena.

Fecha ut supra.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

[1] Integrada por los Magistrados Gloria Stella Ortiz Delgado y Alejandro Linares Cantillo.

[2] Artículo 61. “Revisión por la Sala Plena. Cuando a juicio de la Sala Plena, por solicitud de cualquier magistrado, un proceso de tutela dé lugar a un fallo de unificación de jurisprudencia o la transcendencia del tema amerite su estudio por todos los magistrados, se dispondrá que la sentencia correspondiente sea proferida por la Sala Plena. Adicionalmente, para los fines establecidos en las normas vigentes, después de haber sido escogidos autónomamente por la Sala de Selección competente, los fallos sobre acciones de tutela instauradas contra providencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado deberán ser llevados por el magistrado a quien le corresponda en reparto a la Sala Plena, la cual determinará si asume su conocimiento con base en el informe mensual que le sea presentado a partir de la Sala de Selección de marzo de 2009. En tal evento, el magistrado ponente registrará en la Secretaría el proyecto de fallo respectivo y se procederá a cumplir el mismo trámite previsto por el artículo 59 del Reglamento de la Corporación para el cambio de jurisprudencia, en materia de sentencias de revisión de tutela.”

[3] El día 18 de septiembre de 2017.

[4] Cuaderno 1, folio 10. Se encuentra Copia de la Cédula de Ciudadanía según la cual la accionante nació el 26 de marzo de 1979

[5] Al respecto ver la historia clínica de la paciente folios 13, 15 del cuaderno principal, en el que se refiere al lugar de residencia y a la IPS Promedan Salud IPS. Esta información también se puede corroborar en la plataforma https://aplicaciones.adres.gov.co/bdua_internet/Pages/RespuestaConsulta.aspx?tokenId=k/MAjodP1OqLZzfBvnrdpw==, consulta realizada el 8 de octubre de 2018.

[6]Folio 1 cuaderno principal.

[7]Folio 15 cuaderno principal.

[8]Folio 16 cuaderno principal.

[9] Folios 1-7 cuaderno principal.

[10]Folio 4 cuaderno principal.

[11] Al considerar que la entidad “puede verse involucrado en el presente trámite constitucional”, lo anterior debido a que la autorización (ver nota de pie 8) dada por la COOMEVA ESP (cuaderno I, folio 15) a la paciente, relaciona a dicha entidad como “prestador autorizado”.

[12] Cuaderno 1, folios 20

[13] Folios 26 a 38 cuaderno principal.

[14]Folio 37 cuaderno principal.

[15]Folio 37v cuaderno principal.

[16]Folio 38 cuaderno principal.

[17] Folios 43 a 68 cuaderno principal.

[18]Folio 44 cuaderno principal.

[19]Folio 45 cuaderno principal.

[20]Ibidem.

[21]Folio 50 cuaderno principal.

[22] Cuaderno 1, folios 90 a 96

[23]Folio 96 cuaderno principal.

[24] Cuaderno 2, folios 14 a 19

[25]Folios 83-87 cuaderno de Revisión.

[26]Cuaderno de Revisión. Folio 85.

[27]Cuaderno de Revisión. Folio 85.

[29]Cuaderno de Revisión. Folio 85.

[30]Cuaderno de Revisión. Folio 85 vto.

[31]Folios 88-98 Cuaderno de Revisión.

[32] Folio 88v cuaderno de revisión.

[33] Folio 88v cuaderno de revisión.

[34] Las tecnologías incluidas en este mecanismo se encuentra en el enlace <https://tablas.sispro.gov.co/TestMiPresNopbs/ModTest/Mipres.aspx> (última consulta 08-10-2018) en la que se encuentra la Consulta de Tablas Referenciales MIPRES, que permite “conocer las tablas de referencia para el reporte de prescripción de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la upc o servicios complementarios” a través de los códigos, a los que se puede acceder en ese mismo dominio web.

[35] Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos.

[36] Clasificación Única de Procedimientos en Salud.

[37]Folio 88v cuaderno de revisión.

[38]Folio 89 cuaderno de revisión.

[39]Ibidem.

[40]Ibidem.

[41]Folio 89v cuaderno de revisión.

[42]Ibidem.

[43] Artículo 137.

[44] Artículo 132.

[45]Folio 91v cuaderno de revisión.

[46]Folios 91v-92 cuaderno de revisión.

[47]Folio 92 cuaderno de revisión.

[48]Ibidem.

[49]Ibidem.

[50]Ibidem.

[51]Ibidem.

[52]Folios 92-92v cuaderno de revisión.

[53]Folio 92v cuaderno de revisión.

[54]Ibidem.

[55]Folio 92v cuaderno de revisión.

[56]Folios 92v-96 cuaderno de revisión.

[57]Folio 96v cuaderno de revisión.

[58]Ibidem.

[59]Ibidem.

[60]Ibidem.

[61]Esa sigla se utiliza para señalar T: tamaño del tumor, N: extensión del cáncer, M: si el

cáncer se ha metastatizado. Al respecto ver:
<https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/clasificacion-tnm>, consultado el 9 de octubre de 2018.

[62]Folio 96v cuaderno de revisión.

[63]Folios 96v-97 cuaderno de revisión.

[64]Folio 97 cuaderno de revisión.

[65]Ibidem.

[67]Ibidem.

[68]Ibidem.

[69]Folios 97v y 98 cuaderno de revisión.

[70]Folio 98 cuaderno de revisión.

[71]Ibidem.

[72] Folio 99 cuaderno de revisión.

[73] Folio 99 cuaderno de revisión.

[74] El panel de genes analizados con este examen son: “APC, ATM, BARD1, BLM, BMPR1A, BRCA1, BRCA2, BRIP1, CDH1, CDK4, CDKN2A, CHEK2, EPCAM, FH, FLCN, HNF1A, HNF1B, HOXB13, MC1R, MEN1, MET, MITF, MLH1, MRE11A, MSH2, MSH6, MUTYH, NBN, NTHL1, PALB2, PMS1, PMS2, POLD1, POLE, POT1, PRSS1, PTCH1, PTEN, RAD50, RAD51C, RAD51D, RET, SDHA, SDHAF2, SDHB, SDHC, SDHD, SMAD4, STK11, TP53, TSC1, TSC2, VHL, WT1, XRCC2, XRCC3”.

[75] Folio 100 cuaderno de revisión.

[76] Folio 102 cuaderno de revisión.

[77] Folio 103 cuaderno de revisión. Entre ellos enlistó el de mama, ovario, estómago,

colon, endometrio, próstata, páncreas, riñón, hígado y piel.

[78]Folio 103 vto. cuaderno de revisión.

[79]Folio 104 vto cuaderno de revisión.

[80]Folio 104 cuaderno de revisión.

[81]Folio 105 cuaderno de revisión.

[82]Folio 106 cuaderno de revisión.

[83] En la respuesta del laboratorio, se mencionan los siguientes genes: “APC, ATM, BARD1, BLM, BMPR1A, BRCA1, BRCA2, BRIP1, CDH1, CDK4, CDKN2A, CHEK2, EPCAM, FH, FLCN, MLH1, MSH2, MSH6, MUTYH, NBN, NTHL1, PALB2PMS2 (Sic), POLD1, POLEPTEN, RAD51C, RAD51D, SMAD4, STK11, TP53”.

[84] Folio 108 cuaderno de revisión.

[85] Folio 108 cuaderno de revisión.

[86] Folios 109 a 111 cuaderno de revisión.

[87] Folio 112 cuaderno de revisión.

[88] Folio 112 cuaderno de revisión.

[89] Folio 112 cuaderno de revisión.

[90] Folio 112 cuaderno de revisión.

[91] Folio 113 cuaderno de revisión.

[92] Folio 114 cuaderno de revisión.

[93] Folio 115 cuaderno de revisión.

[94] Folio 115 cuaderno de revisión.

[95] Folio 115 cuaderno de revisión.

[96] Folio 116 cuaderno de revisión.

[97] Folio 117 cuaderno de revisión.

[99]Folio 238 vto. cuaderno de revisión.

[100]Folio 238 vto. cuaderno de revisión.

[101]Folio 237 cuaderno de revisión.

[102]Folio 237 vto. cuaderno de revisión.

[103] Folios 254 a 257 cuaderno de revisión.

[104] Folios 242 y 253 cuaderno de revisión.

[105]Folio 232 cuaderno de revisión.

[106]Folio 232 cuaderno de revisión. Al respecto enfatizó en que el material genético del país sale hacía otros países sin ninguna regulación.

[107] Folio 355 cuaderno de revisión.

[108] Folio 364 cuaderno de revisión.

[109] Folio 366 cuaderno de revisión.

[110] Folio 367 cuaderno de revisión.

[111] Médico tratante de la señora María Antonia González Córdoba.

[112] Folio 372 cuaderno de revisión.

[113] Folio 372 cuaderno de revisión.

[114]Para compensar esta falencia, el examen incluye un programa bioinformático con una sensibilidad del 90% que no es un método directo para detectar las alteraciones que

pretender identificarse, por lo que es una limitante de la prueba.

[115] Folio 383 vto. cuaderno de revisión.

[116]Folio 385 cuaderno de revisión. El estudio en relación con los genes se recomienda en mujeres con cáncer de mama antes de los 45 años, en aquellas con cáncer de mama triple negativo antes de los 60, en mujeres con cáncer de mama a cualquier edad cuando haya dos o más antecedentes familiares de cáncer de mama en primer, segundo o tercer grado de cáncer de mama a cualquier edad, en una mujer con historia familiar o personal de cáncer de mama, una mujer con una historia familiar con un hombre que haya padecido cáncer de mama y de una mujer con historia personal o familiar de cáncer de ovario tipo seroso papilar. Su prescripción depende de la historia clínica y familiar de cada paciente detectada en la indagación efectuada por el oncogenetista.

[117]Folio 384 vto. cuaderno de revisión.

[118]Folio 389 cuaderno de revisión.

[119]Folio 388 cuaderno de revisión.

[120]Folio 400 cuaderno de revisión.

[122] Folio 499 del cuaderno de revisión.

[123]Folio 499 cuaderno de revisión.

[124]Folio 500 cuaderno de revisión.

[125]Folio 499v cuaderno de revisión.

[126] Folio 500 cuaderno de revisión.

[127] Folio 502 cuaderno de revisión.

[128] Folio 241 cuaderno de revisión.

[129] Folio 513 cuaderno de revisión.

[130] Especifica el Director de Estudios Moleculares de la entidad que “la penetrancia de una mutación para los genes BRCA1 y BRCA2 alcanza el 87% y 84% respectivamente para el cáncer de mama antes de los 70 años de edad”. Folio 513 cuaderno de revisión.

[131] Los genes que analiza la prueba hecha por INVITAE son: “ALK, APC, ATM, AXIN2, BAP1, BARD1, BKM, BMPR1A, BRCA1, BRCA2, BRIP1, CASR, CDC73, CDH1, CDK4, CDKN1B, CDKN1C, CDKN2A, CEBPA, CHEK2, CTNNA1, DICER1, DIS3L2, EGFR, EPCAM, FH, FLCN, GATA2, GPC3, GREM 1, HOXB13, HRAS, KIT, MAX, MEN1, MET, MITF, MLH1, MSH2, MSH3, MSH6, MUTYH, NBN, NF1, NF2, NTHL1, PALB2, PDGFRA, PHOX2B, PMS2, POLD1, POLE, POT1, PRKAR1A, PTCH1, PTEN, RAD50, RAD51C, RAD51D, RB1, RECQL4, RET, RUNX1, SDHA, SDHAF2, SDHB, SDHC, SDHD, SMAD4, SMARCA4, SMARCB1, SMARCE1, STK11, SUFU, TERC, TERT, TMEM127, TP53, TSC1, TSC2, VHL, WRN y WT1”. Folio 514 cuaderno de revisión.

[132] No obstante, mencionó que algunos de los tratamientos son: (i) la adopción de medidas preventivas y maximización del cuidado de salud del paciente; (ii) quimioterapia; y (iii) toma de medicamentos como el Tamoxifén.

[133] Folio 515 cuaderno de revisión.

[134] Folio 516 cuaderno de revisión.

[135] Folio 517 cuaderno de revisión.

[136] Folio 517 cuaderno de revisión.

[137] Folio 517 cuaderno de revisión.

[138] Folio 517 cuaderno de revisión.

[139] Folio 518 cuaderno de revisión.

[140] Folio 679 cuaderno de revisión.

[141] Ibídem.

[142] Folio 683 cuaderno de revisión.

[143]Folio 680 cuaderno de revisión.

[144]Folio 681 cuaderno de revisión.

[145]Folio 680 cuaderno de revisión.

[146]Folio 575 cuaderno de revisión.

[147]Folio 577 cuaderno de revisión.

[148]Folio 579 cuaderno de revisión.

[149]Folio 580 cuaderno de revisión.

[151]Folios 580-581 cuaderno de revisión.

[152]Folios 581-582 cuaderno de revisión.

[153]Folio 582 cuaderno de revisión.

[154]Folio 583 cuaderno de revisión.

[155]Folios 583-584 cuaderno de revisión.

[156]Folio 585 cuaderno de revisión.

[157]Folio 586 cuaderno de revisión.

[158]Folio 686 cuaderno de revisión.

[159]Folio 687 cuaderno de revisión.

[160]Folio 689 cuaderno de revisión.

[161]Folio 690 cuaderno de revisión.

[162]Folio 690 cuaderno de revisión.

[163]Folios 695-697 cuaderno de revisión

[164]Folio 695 cuaderno de revisión.

[165]Folio 695v cuaderno revisión.

[166]Ibidem.

[167]Folios 698v – 699 cuaderno de revisión.

[168]Folio 679 cuaderno de revisión.

[169]Escrito presentado por Coomeva del 17 de septiembre de 2018. Folios 678-683 cuaderno de revisión.

[170]Folio 100 cuaderno de revisión.

[171] Sentencia T-308 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[172]Sentencia T-533 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[173] Sentencia T-703 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[174] Sentencia T-311 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[175]Sentencia T-170 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[176] “ARTICULO 24. PREVENCIÓN A LA AUTORIDAD. Si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado (...) en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este Decreto, todo son perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido. El juez también prevendrá a la autoridad en los demás casos en que lo considere adecuado para evitar la repetición de la misma acción u omisión.”

[177]Sentencia T-576 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[178]Sentencia SU-225 de 2013 M.P. Alexei Julio Estrada.

[179]Sentencia T-576 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[180]Ibidem.

[181]Folio 15 cuaderno principal.

[182]Folio 372 del cuaderno de revisión.

[183]Sentencia T-170 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[184] “ARTICULO 24. PREVENCIÓN A LA AUTORIDAD. Si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado (...) en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este Decreto, todo son perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido. El juez también prevendrá a la autoridad en los demás casos en que lo considere adecuado para evitar la repetición de la misma acción u omisión.”

[185]Sentencia T-576 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[186]Sentencia T-610 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[187]Vescoví, E. Teoría General del Proceso. Temis, 1984, pág. 93.

[188]Sentencias T-416 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-1191 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-799 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, reiteradas en la sentencia T-770 de 2011 M.P. Mauricio González Cuervo.

[189] Ver sentencias T-1015 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-780 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-373 de 2015 y T-098 de 2016 ambas con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, entre otras.

[190] Decreto 2591 de 1991. Artículo 42: “Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: (...)

2. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación

del servicio público de salud para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía.”

[191] Sentencia T-805 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, entre otras.

[192] Sentencia T-834 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-887 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

[193] Sentencia T-485 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

[194] Sentencias T-1009 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-299 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

[195] Este capítulo se desarrolló a partir de las consideraciones contenidas en la sentencia T-375 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[196] Sentencia T-603 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado); Sentencia T-580 de 2006 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

[197] Sentencia T-662 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

[199] Sentencias: T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-789 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), entre otras.

[200] Sentencias T-401 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado); T-163 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado); T-328 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); T-456 de 2004 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-789 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-136 de 2001 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes), entre otras.

[201] Las consideraciones que figuran en el presente acápite fueron retomadas de las sentencias T-400 de 2016 y T-613 de 2015, ambas con ponencia de la Magistrada Sustanciadora.

[202] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[203] Sentencia C-921 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería.

[204] Dado el carácter informal del trámite, se enumeraron los requisitos de la demanda, en la que se debe indicar:

(i) el nombre y residencia del solicitante;

(ii) la causal que motiva la solicitud;

(iii) el derecho que se considere violado y

(iv) las circunstancias de tiempo, modo y lugar que sustentan la petición.

[205] Artículo 126 de la Ley 1438 de 2011.

[206] Artículo 126 de la Ley 1438 de 2011.

[207] Sentencia C-119 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[208] Sentencias T-635 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto); T-274 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto); T-756 de 2012 (M.P. Mauricio González Cuervo); T-825 de 2012 (M.P. Mauricio González Cuervo); T-914 de 2012 (M.P. Mauricio González Cuervo); T-558 de 2014 (M.P. Mauricio González Cuervo); T-603 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado); T-633 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado); T-425 de 2017 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger).

[209] Sentencias T-004 de 2013 (M.P. Mauricio González Cuervo); T-188 de 2013 (M.P. Mauricio González Cuervo); T-206 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio); T-316A de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez); T-680 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez); T-450 de 2016 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub);

[210] Sentencias T-206 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio); T-859 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez); T-707 de 2016 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez); T-014 de 2017 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo); T-036 de 2017 (M.P. Alejandro Linares Cantillo); T-178 de 2017 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo); T-445 de 2017 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez); T-637 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado); T-684 de 2017 (M.P. Diana Fajardo Rivera); T-020 de 2018 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas); T-069 de 2018 (M.P. Alejandro Linares Cantillo); T-208 de 2017 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo)

[211] Sentencia T-218 de 2018 (M.P. Carlos Bernal Pulido); T-403 de 2017 (M.P. Carlos Bernal Pulido).

[212] Sentencia T-065 de 2018 (M.P. Alberto Rojas Ríos); T-529 de 2017 (M.P. Alberto Rojas Ríos); T-558 de 2016 (M.P. María Victoria Calle Correa); T-306 de 2016 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[213] Sentencia T-603 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

[214] Sentencia T-603 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

[215] Sentencia T-425 de 2017 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger).

[216] Sentencia T-603 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

[217] Sentencias T-425 de 2017 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger). Véanse también las sentencias T-178 de 2017 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo); T-163 de 2018 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger); T-450 de 2016 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); T-208 de 2017 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo).

[218] Sentencia T-414 de 2016 (M.P. Alberto Rojas Ríos); Cfr. Sentencia T-206 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

[219] Por ejemplo, en las sentencias T-163 de 2018 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger) y T-243 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), se concluyó que “la Superintendencia no ejerce funciones jurisdiccionales para solucionar las controversias sobre el suministro, distribución y entrega de medicamentos, por lo que la accionante no cuenta con un medio judicial ordinario para conjurar la posible vulneración de los derechos fundamentales invocados”.

[220] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[221] Sentencia T-450 de 2016 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[222] Folio 11 cuaderno principal.

[223] Al respecto ver

https://aplicaciones.adres.gov.co/bdua_internet/Pages/RespuestaConsulta.aspx?tokenId=k/MAjodP1OqLZzfBvnrdpw==, consulta realizada el 8 de octubre de 2018.

[224] Al respecto ver

<https://www.supersalud.gov.co/es-co/atencion-ciudadano/contactenos>, consultada el 10 de octubre de 2018.

[225] El fundamento de este acápite se tomó de la sentencia T-400 de 2016, reiterado en sentencia T-357 de 2017 y T-673 de 2017, todas con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

[226] Ver entre otras: Sentencias T-134 de 2002 MP. Álvaro Tafur Galvis, T-544 de 2002 MP. Eduardo Montealegre Lynett y T-361 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Artículo 2 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015.

[227] Ver sentencias T-859 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-837 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-631 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-076 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras.

[228] “por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones” Artículo 2. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. 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.

[229] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[230] Artículo 2 de la Ley 1751 de 2015.

[231] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[232] Capítulo desarrollado en la Sentencia T-673 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[233] Sentencia T-121 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, reiterada en sentencia T-673 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[234] Sentencia T-124 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[236] Ver sentencias T-1198 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-164 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-479 de 2012 M.P. Nilson Pinilla Pinilla y T-505 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, entre otras. Reiteradas en la sentencia T-124 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[237] Sentencia T-124 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[238] Ibidem.

[239] Ver sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Citada en la sentencia T-124 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[240] Sentencia T-121 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[241] Intervención hecha en el presente expediente y que obra a folios 88-98 del cuaderno de revisión.

[242] Adoptado mediante Resolución 1841 de 2013, proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social.

[243] Adoptado mediante Resolución 1383 de 2013, proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social.

[244] Adoptado mediante Resolución 429 de 2016, proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social.

[245] Intervención del Ministerio de Salud y Protección Social en el presente expediente.

Folio 91v-92 del cuaderno principal.

[246] Numeral 7.2 del Plan Decenal de Salud Pública 2012-2021.

[247] Ministerio de Salud, Op. Cit. Folio 92 cuaderno de revisión.

[248] Ibidem. Folio 92 del cuaderno de revisión.

[249] Ibidem. Folio 92 del cuaderno de revisión.

[250] Ibidem. Folio 92 cuaderno de Revisión.

[251] Ibidem. Folio 92 cuaderno de Revisión.

[252] Ibidem. Folio 92-92v cuaderno de Revisión.

[253] Ibidem. Folio 92v cuaderno de Revisión.

[254] Pardo C. Cendales R. Incidencia, mortalidad y prevalencia del cáncer en Colombia 2007-2011. Vol. 1. Instituto Nacional de Cancerología. 2015, Pág. 148. Citado por el Ministerio de Salud Op. Cit. Folio 96v cuaderno de Revisión.

[255] Ministerio de Salud, Op. Cit. Folio 96v cuaderno de Revisión.

[256] Resolución No. 247 de 2014, proferida por el Ministerio de Salud.

[257] Acuña L. Sánchez Quintero P, Ramírez P. Situación del cáncer en la población atendida en el SGSSS. Bogotá, Cuenta de Alto Costo; 2017, Disponible en [https://cuentadealtocosto.org/site/images/Libro%20C%C3%A1ncer%202015/Situaci%C3%B3n%20del%20c%C3%A1ncer%202015%20-%20Aug22-2%20\(1\).pdf](https://cuentadealtocosto.org/site/images/Libro%20C%C3%A1ncer%202015/Situaci%C3%B3n%20del%20c%C3%A1ncer%202015%20-%20Aug22-2%20(1).pdf), citado por el Ministerio de Salud Op. Cit. Folio 96v cuaderno de revisión.

[258] Ministerio de Salud Op. Cit. Folio 96v cuaderno Revisión.

[259] Esa sigla se utiliza para señalar T: tamaño del tumor, N: extensión del cáncer, M: si el cáncer ha metástasis. Al respecto ver: <https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/clasificacion-tnm>, consultado el 9 de octubre de 2018.

[260]Pardo OP. Cit. Citado en Ministerio de Salud Op. Cit. Folio 96v cuaderno de Revisión.

[261]Ibidem.

[262]Folio 389 cuaderno de revisión.

[263]Folios 106-106v cuaderno de revisión.

[264]Ministerio de Salud Op. Cit. Folio 99 cuaderno de revisión.

[266]Ibidem.

[267]Ministerio de Salud – Instituto Nacional de Cancerología. Guía de Práctica Clínica para la detección temprana, tratamiento integral, seguimiento y rehabilitación del cáncer de mama. Guía No. 19, 2017.

[268]Se refiere a un tumor que se encuentra en su lugar de origen. AL respecto ver <https://www.breastcancer.org/es/sintomas/tipos/cdis>, consultado el 9 de octubre de 2018.

[269]Folio 388v cuaderno de revisión.

[270]Ibídem. Folio 92v cuaderno de Revisión.

[271]Por ejemplo: la Resolución 2508 de 2012, Reglamento técnico grasas trans y/o saturadas; Documento guía de alimentación saludable; Guía para las grasas trans en la alimentación; Guía del azúcar en la alimentación; Guía para el desarrollo de programas intersectoriales y comunitarios para la promoción de la actividad física. Programa Nacional de Actividad Física “Colombia Activa y Saludable”; Estrategia Instituciones Educativas Libres de Humo. Aprendiendo a cuidar mi vida, la de las y los demás y la del entorno – Por un medio ambiente libre de humo; Ley 1109 de 2006, Aprobación Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco; y, la Ley 124 de 1994, que prohíbe el expendio de bebidas embriagantes de menores de edad, entre otros.

[272]Ministerio de Salud Op. Cit. Folios 96-96v cuaderno de revisión.

[273]Artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.

[274]Ministerio de Salud Op. Cit. Folio 96v del cuaderno principal.

[275]Artículo 2º Resolución 5269 de 2017.

[276]Artículo 3º Resolución 5269 de 2017.

[277]Artículo 15 Resolución 5269 de 2017.

[278]Definidas actualmente en las Resoluciones 5171 de 2017 y 483 de 2018 del Ministerio de Salud y de Protección Social.

[279]Al respecto ver Resoluciones 1479 de 2015 y 2438 de 2018 del Ministerio de Salud y de Protección Social.

[280]Ministerio de Salud Op. Cit. Folio 88v Cuaderno Revisión.

[281] Disponible en <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VP/AF/abece-ctc-reporte-prescripcion.pdf>, consultado el 9 de octubre de 2018.

[282]Registro Único Nacional de Talento Humano en Salud.

[283]Ministerio de Salud. OP. Cit. Folio 96v cuaderno de revisión.

[284]Sentencia T-405 de 2017 M.P. (e.) Iván Humberto Escrucería Mayolo.

[285]Cfr. Sentencia T-745 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Citado en la sentencia T-405 de 2017 M.P. (e.) Iván Humberto Escrucería Mayolo.

[286]Sentencia T-405 de 2017 M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.

[287]Ibídem.

[288]Al respecto ver las intervenciones del Ministerio de Salud y Protección Social (folio 89 cuaderno de revisión); del Instituto Nacional de Salud (folio 99 cuaderno de revisión); la Cuenta de Alto Costo (folio 103 cuaderno de revisión); Instituto Nacional de Cancerología (folio 372 cuaderno de revisión); y la Asociación Colombiana de Hematología (folio 580 cuaderno de revisión) entre otros.

[289]Folio 232 cuaderno de revisión.

[290]El laboratorio Médico Las Américas Ltda., el Instituto Nacional de Cancerología y la Asociación Colombiana de Hematología y Oncología.

[291]Folio 99 cuaderno de revisión.

[292]Intervención de la Clínica de las Américas en el presente asunto

[293] Intervención de la Asociación Colombiana de Hematología y Oncología.

[294] Vigente desde el 1º de enero de 2014. Artículo 137.

[295] Vigente desde el 1º de enero de 2018. Artículo 132.

[296] Cuadro 1 elaborado por el despacho de la Magistrada Sustanciadora.

[297]Folio 385v cuaderno de revisión.

[299] Cuaderno 1, folio 10. Se encuentra Copia de la Cédula de Ciudadanía según la cual la accionante nació el 26 de marzo de 1979.

[300]Al respecto ver la historia clínica de la paciente folios 13, 15 del cuaderno principal, en el que se refiere al lugar de residencia y a la IPS Promedan Salud IPS. Esta información también se puede corroborar en la plataforma https://aplicaciones.adres.gov.co/bdua_internet/Pages/RespuestaConsulta.aspx?tokenId=k/M AJodP1OqLZzfBvnrdpw==, consulta realizada el 8 de octubre de 2018.

[301]Folio 1 cuaderno principal.

[302]Folio 15 cuaderno principal.

[303]Folio 16 cuaderno principal.

[304]Ibídem.

[305]Folio 683 cuaderno de revisión.

[306]Folio 680 cuaderno de revisión.

[307]Folio 681 cuaderno de revisión.

[308]Vigente hasta el 31 de diciembre de 2017.

[309] La Resolución 5269 de 2017, entró en vigencia el 1º de enero de 2018.

[310]Al respecto ver las sentencias T-505 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-177 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-1330 de 2005 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-174 de 2013 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-554 de 2013 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-650 de 2013 M.P. Alberto Rojas Ríos, T-673 de 2013 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, T-552 de 2017 y T-215 de 2018, ambas con ponencia de la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger.

[311]Folio 45 cuaderno principal.

[312]Folio 50 cuaderno principal.

[313]Folio 16 cuaderno principal.

[314] Sentencia T-610 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[315] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[316] Adicionalmente, el Consejo de Estado ha reconocido que el concepto de patrimonio público también se integra por “bienes que no son susceptibles de apreciación pecuniaria y que, adicionalmente, no involucran la relación de dominio que se extrae del derecho de propiedad, sino que implica una relación especial que se ve más clara en su interconexión con la comunidad en general que con el Estado como ente administrativo, legislador o judicial, como por ejemplo, cuando se trata del mar territorial, del espacio aéreo, del espectro electromagnético etc., en donde el papel del Estado es de regulador, controlador y proteccionista, pero que indudablemente está en cabeza de toda la población”. Fallo 1330 de 2011 Consejo de Estado.

[317]Fallo 1330 de 2011 Consejo de Estado. Sobre el derecho al patrimonio público, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 13 de febrero de 2006. Rad. AP-15P94, 6 de

septiembre de 2001, Rad. 163, M.P. Jesús María Carrillo, 31 de mayo de 2002, Rad. 13601, MP. Ligia López Díaz, 21 de febrero de 2007, Rad. 2004-0413, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, 21 de mayo de 2008, Rad. 01423, M.P. Ramiro Saavedra Becerra y 12 de octubre de 2006, Rad, 857, MP, Ruth Stella Correa Palacio.

[318] Folio 91v Cuaderno de Revisión.

[319] Folio 85 cuaderno de Revisión

[320] Esa entidad expresó “Solicito pronunciamiento acerca del recobro al Fosyga por la prestación de servicios NO POS por parte de nuestra entidad. Que se autorice el recobro al Fosyga por parte de Coomeva EPS” visible a Folio 87 cuaderno principal.

[321] Artículo 6 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015.

[322] Sentencia C-038 de 2004 f. j. 22.

[323] Sentencia C-443 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[324] Ibídem.

[325] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[326] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General 3, 1990.

[327] Un segundo momento relevante en la jurisprudencia constitucional en la evolución del principio de progresividad, puede asociarse a un conjunto de decisiones en las que se estableció que diversas medidas, que reflejaban un retroceso en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales se presumían inconstitucionales. Esta postura, aún vigente, se desarrolló con especial claridad en la Sentencia C-038 de 2004 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En esa decisión, la Corte Constitucional analizó una reforma al Código Sustantivo del Trabajo, destinada a reducir los costos del contrato laboral, especialmente, en lo relacionado con la remuneración por trabajo extra o trabajo nocturno. Por ejemplo, en la reforma se extendió la jornada diurna hasta las 10 de la noche.

Al estudiar la norma, esta Corporación señaló que las medidas que constituyan un retroceso

en la protección de los derechos sociales son prima facie inconstitucionales. Precisó que de acuerdo con la Observación General No. 3 del Comité DESC, las disposiciones deliberadamente retroactivas deben ser plenamente justificadas por parte del Estado. Y puntualizó que, de conformidad con la Observación No. 14 sobre el derecho a la salud del mismo Comité, corresponde al Estado demostrar que las medidas regresivas se aplican “tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte”.

[328] Ver Sentencias C-443 de 2009 y T-1318 de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[329] La Sentencia C-038 de 2004 M.P. Eduardo Montealegre Lynett indicó que la libertad de configuración normativa del Legislador se reduce cuando adelanta reformas o establece nuevas regulaciones asociadas al desarrollo de los derechos sociales. En caso de que el Congreso adopte una medida que produzca un retroceso en el nivel de protección alcanzado, ésta deber estar justificada conforme al principio de proporcionalidad. A juicio de la Corte, en tal escenario corresponde a la autoridad política “justificar que esas disminuciones en la protección alcanzada frente a los derechos sociales, como el derecho al trabajo, fueron cuidadosamente estudiadas y justificadas, y representan medidas adecuadas y proporcionadas para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia “.

[330] Asimismo, esta Corporación determinó en la misma sentencia que el análisis de la reforma laboral citada estaba atravesado por debates acerca de los efectos de las políticas económicas, y en ese contexto, la justificación de la medida era más compleja, pues las que diversas escuelas teóricas señalaban consecuencias diferentes. Por ese motivo, este Tribunal consideró que al analizar la necesidad y adecuación de la medida, debía ser deferente con las decisiones del Legislador, salvo en caso de encontrar que sus razonamientos fueran abiertamente desorbitados.

La sentencia señaló que cuando la Corte no tiene los elementos técnicos suficientes para abordar la adecuación y necesidad de la reforma, será necesario verificar “(i) que las

medidas no fueron tomadas inopinadamente sino que se basaron en un estudio cuidadoso, y (ii) que el Congreso analizó otras alternativas, pero consideró que no existían otras igualmente eficaces que fueran menos lesivas, en términos de la protección del derecho al trabajo. Y (iii) finalmente debe el juez constitucional verificar que la medida no sea desproporcionada en estricto sentido, esto es, que el retroceso en la protección del derecho al trabajo no aparezca excesivo frente a los logros en términos de fomento del empleo”.

En ese caso, la Corte consideró que no estaba demostrado que la reforma constituyera una medida abiertamente inadecuada o innecesaria, pues existía un debate inconcluso sobre los efectos económicos de ese tipo de medidas y su potencialidad para alcanzar el propósito trazado por el Legislador. Por lo tanto, el juez constitucional no podía controvertir la justificación expuesta por el Congreso. Además, consideró que las nuevas normas eran proporcionadas porque no restringían intensamente otros derechos constitucionales.

[331] Así por ejemplo, la Sentencia T-1213 de 2008 señaló que en el marco de las discusiones sobre lo que establece el PIDESC, debe entenderse que aquel obliga solo a no deshacer el nivel de protección alcanzado, sino también, a lograr estándares mínimos de protección de los derechos. Expuso: “(...) en opinión del Comité, la firma del Pacto supone la aceptación de una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos (...) Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser”.

[332] Sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: “3.3.9. Para la jurisprudencia constitucional, cuando el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental depende del desarrollo progresivo, “lo mínimo que debe hacer [la autoridad responsable] para proteger la prestación de carácter programático derivada de la dimensión positiva de [un derecho fundamental] en un Estado Social de Derecho y en una democracia participativa, es, precisamente, contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de sus derechos. Por ello, al considerar un caso al respecto, la Corte señaló que si bien el accionante ‘no tiene derecho a gozar de manera inmediata e individualizada de las prestaciones por él pedidas, sí tiene derecho a que por lo menos exista un plan’.” Ver también Sentencia T-595 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[333] Vigente hasta el 31 de diciembre de 2017, pues desde el 1º de enero de 2018, entró en vigencia la Resolución 5269 de 2017.

[334]Folio 680 cuaderno de revisión.

[335]Folio 681 cuaderno de revisión.

[336] Art. 1º del Decreto 2462 de 2013.

[337] De esta forma, la ley le otorgó facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para que conozca y resuelva controversias relacionadas con: (i) la denegación de servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud por parte de las entidades promotoras de salud; (ii) el reconocimiento de los gastos en los que el usuario haya incurrido por la atención que recibió en una IPS no adscrita a la entidad promotora de salud o por el incumplimiento injustificado de la EPS de las obligaciones radicadas en su cabeza; (iii) la multiafiliación dentro del sistema; y (iv) la libre elección de la entidad promotora de salud y la movilidad de los afiliados. Tiempo después, el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 amplió el ámbito de competencia de la Superintendencia e incluyó las controversias relacionadas con: (v) la denegación de servicios excluidos del Plan Obligatorio de Salud que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del afiliado; (vi) los recobros entre entidades del sistema; y (vii) el pago de prestaciones económicas a cargo de las entidades promotoras de salud y el empleador.

[338] Ver, entre otras, sentencia T-450 de 2016.

[339] Cfr. Sentencias T-065 de 2018, T-529 de 2017, y T-558 y T-306 de 2016, entre otras.

[340] En la sentencia T-603 de 2017 la Corte consideró válido que, en el trámite de las impugnaciones presentadas en contra de las decisiones que la Superintendencia Nacional de Salud profiera en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y por vía de analogía, se apliquen los términos previstos en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 para resolver la decisión de segunda instancia en la acción de tutela. Sin embargo, en dicho fallo exhortó al Congreso de la República para que regulara el término en el que las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales deben desatar las impugnaciones

formuladas en contra de las decisiones emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

[341] Al respecto puede revisarse la Relatoría realizada a este respecto, en punto de la intervención del Superintendente Nacional de Salud.