

Sentencia T-261/17

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL-Reiteración de jurisprudencia sobre protección por tutela

DERECHO A LA SALUD DE PACIENTE CON CANCER-Protección constitucional especial

DERECHO A LA SALUD DE ENFERMO DE CANCER-Tratamiento integral

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-
Requisitos

CUBRIMIENTO DE GASTOS DE TRANSPORTE PARA PACIENTE Y ACOMPAÑANTE POR EPS-
Reglas jurisprudenciales

Esta Corporación ha considerado que la obligación de asumir el transporte de una persona se traslada a la EPS, solamente en casos en los que: (i) el procedimiento o tratamiento se considere indispensable para garantizar los derechos a la salud y a la integridad, en conexidad con la vida de la persona; (ii) de no efectuarse la remisión, se ponga en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del afectado; y (iii) el paciente y sus familiares cercanos no cuenten con los recursos económicos para atenderlos.

ATENCION INTEGRAL EN SALUD-Alcance y límites del reconocimiento

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Fenómeno que puede presentarse a partir de dos eventos que a su vez sugieren consecuencias distintas: hecho superado y daño consumado

CARENCIA PARCIAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Cuando se configura un hecho parcialmente superado pero subsiste vulneración del derecho

CARENCIA PARCIAL DE OBJETO-Implica concluir simultáneamente que la afectación persiste y ya fue superada

CARENCIA PARCIAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Se entregaron los medicamentos solicitados a EPS-S

DERECHO A LA SALUD DE PACIENTE CON CANCER-Orden a EPS-S autorizar tratamiento diagnosticado por médico tratante y ordenar traslado de paciente en transporte aéreo medicalizado

Referencia: Expediente T- 5.894.762

Acción de tutela formulada por Luz Derly Córdoba Fernández en representación de María Marleny Fernández Erazo contra Ecoopsos ESS EPS-S.

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril dos mil diecisiete (2017).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados José Antonio Cepeda Amarís (e), Hernán Correa Cardozo (e) y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente, las previstas en el Artículo 241, numeral 9° de la Constitución Política y en los Artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido el 21 de octubre de 2016 en primera instancia, por el Juzgado Quince Civil Municipal de Bogotá, dentro de la acción de tutela promovida por Luz Derly Córdoba Fernández en representación de María Marleny Fernández Erazo contra Ecoopsos ESS EPS-S.

El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión mediante Auto del 14 de diciembre de 2016, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Doce.

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Luz Derly Córdoba Fernández, quien actúa en representación de su señora madre María Marleny Fernández Erazo, promovió acción de tutela contra Ecoopsos ESS EPS-

S, al considerar vulnerados los derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social, a la salud, por dos razones: por negarse la entrega de los medicamentos Capecitabina 500gr y Ondasentrón 8mm, y del suplemento alimentario Ensure, ordenada por el médico tratante, y por negarse la orden de traslado de la paciente por vía aérea, entre las ciudades de Cali y Bogotá.

1. Hechos.

1. La accionante manifestó que la señora María Marleny Fernández Erazo, de 58 años de edad, residía inicialmente en el Municipio de La Plata (Huila), lugar donde se encuentra afiliada al Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud a través la entidad accionada, desde 1º de abril de 1999. Señaló la peticionaria, que dicha entidad le prestaba el servicio de transporte hacia la ciudad de Bogotá, para que asistiera a los tratamientos prescritos por su médico tratante.

1. Afirmó que debido al estado de salud de su mamá, hubo necesidad de trasladarla a la ciudad de Cali, a efectos de un mejor cuidado persona. Una vez informada del cambio de domicilio, la EPS-S se rehusó a autorizar el servicio de transporte aéreo, argumentando la ausencia de una solicitud previa.

1.3. Indicó que en el mes de mayo de 2016 se le practicó a la paciente en la ciudad de Bogotá, “una colostomía total por la gravedad de su diagnóstico de cáncer de colon y de reto (sic)” en el Instituto Nacional de Cancerología ESE, afirmando también que meses después, el 12 de agosto de 2016, el médico tratante diagnosticó en la historia clínica que la paciente “REQUIERE MANEJO CON QUIMIOTERAPIA DE TIEMPO INDEFINIDO CADA 20 DIAS, POR LO CUAL SE SOLICITA SI ES POSIBLE APOYO DE LA PACIENTE EN EL TRANSPORTE POR VIA AEREA, DADO AL LUGAR DE PROCEDENCIA DE ELLA EL CUAL ES MUY RETIRADO DE BOGOTA”¹ (sic).

1.4. Dijo la Sra. Córdoba Fernández, que el estado de salud de su mamá es crítico y que empeora día a día, permaneciendo a la espera de que la entidad accionada realice la entrega

de los medicamentos Capecitabina 500gr y Ondasentrón 8mm., del suplemento Ensure y de la autorización para el transporte de la paciente por vía aérea, entre las ciudades de Cali y Bogotá, negados por la accionada bajo el argumento según el cual, se trata de prestaciones excluidas del Plan Obligatorio de Salud POS.

1.5. En consecuencia, solicitó el amparo de los derechos fundamentales de la paciente y que se le ordene a Ecoopsos ESS EPS-S, la entrega de los medicamentos y del complemento nutricional, así como la autorización para el traslado vía aérea de Cali a Bogotá, con el fin de recibir las sesiones de quimioterapias que han sido ordenadas por el médico tratante.

2. Material probatorio obrante en el expediente.

2.1. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora María Marleny Fernández Erazo².

2.2. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Luz Derly Córdoba Fernández³.

2.3. Fotocopia de la Historia Clínica expedida por el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., el 12 de agosto del 2016, en donde se prescriben los procedimientos médicos⁴.

2.4. Fotocopia de la orden médica que formula “nutrición completa y balanceada en polvo. Lata por 400gr. (Ensure)”, doce (12) latas, expedida por el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., el 21 de julio del 2016⁵.

2.5. Fotocopia de la “JUSTIFICACIÓN MÉDICA Y SOLICITUD DE MEDICAMENTOS NO POS” expedida por el médico tratante, el 21 de julio de 2016⁶.

2.6 Fotocopia de las Formulas Médicas No. 646292 y 6739307.

2.7. Fotocopia de la Historia Clínica expedida por el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., el 28 de junio del 2016⁸.

3. Actuación procesal.

Por Auto del 7 de octubre de 2016, el Juzgado Quince Civil Municipal de Bogotá avocó conocimiento de la acción de tutela y corrió traslado a la entidad accionada, para que ejerciera su derecho de defensa.

A su vez, el Juez ordenó oficiar: (i) al Instituto Nacional de Cancerología, (ii) a los médicos tratantes Dr. Eduardo Alonso Rojas Andrade, Belkysedec Guerrero Torres y Víctor Hugo García C, y (iii) a la Secretaría Distrital de Salud. Finalmente vinculó al Fondo Financiero Distrital de Salud.

4. Respuesta de la entidad accionada, oficiadas y vinculada.

4.1. Secretaría Distrital de Salud.

El 14 de octubre de 2016, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica (e) de la Secretaría Distrital de Salud solicitó su desvinculación de la acción de tutela, al considerar que no ha vulnerado los derechos de la señora María Marleny Fernández Erazo, por cuanto la responsabilidad de la prestación de los servicios de salud recaen en Ecoopsos ESP ESS de La Plata - Huila -, entidad en la que se encuentra afiliada, en el régimen subsidiado, desde el 1° de abril de 1999.

4.2. Instituto Nacional de Cancerología - ESE.

El Asesor de la Dirección General del Instituto Nacional de Cancerología - ESE dio respuesta mediante escrito allegado el 19 de octubre de 2016, en el cual informó lo siguiente:

“(…)En atención al caso que nos ocupa el instituto informa que, la paciente ha sido atendida por parte de esta IPS para el tratamiento de su enfermedad, desde el 2 de mayo de 2015, cuando ingreso al instituto, para ser valorada por el área de gastroenterología, al 11 de octubre de 2016, cuando se realizaron los estudios de patología requeridos, como se puede observar en los documentos entregados para la presente tutela por la hija de la paciente, se le ha entregado las prescripciones médicas para que su EPS las autorice gestiones y suministro de manera oportuna para permitirnos realizar el seguimiento del tratamiento indicado para su patología conforme el criterio del especialista.”⁹.

Finalmente, solicitó la desvinculación de la institución, teniendo en cuenta que han prestado los servicios médicos de manera oportuna y “quien debe GARANTIZAR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO Y AUTORIZAR LOS GASTOS DE TRANSPORTE Y ALOJAMIENTO, es SU ASEGURADORA, QUIEN PUEDE CUBRIR LOS COSTOS DE LAS PERSONA AFILIADA y dar las autorizaciones correspondientes conforme a las prescripciones del médico tratante.”.

4.3. Ecoopsos ESS EPS-S10.

En respuesta del 21 de octubre de 2016, Ecoopsos ESS EPS-S solicitó la declaratoria de improcedencia de la presente acción de tutela, en la medida que ha dado cumplimiento de todos los servicios que ha requerido la señora María Marleny Fernández Erazo. Respecto al suministro de los medicamentos formulados por el médico tratante, la entidad señaló que estos se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud, de acuerdo con lo establecido en la Resolución 5592 de 2015, por consiguiente no están en la obligación “legal ni reglamentaria” de conceder lo requerido por la usuaria.

Manifestó que frente “al servicio de transporte aéreo es pertinente indicar que la usuaria reside en una ciudad donde no se brindan los servicios de salud, por parte nuestra como EPS, por consiguiente el desplazamiento y más cuando es aéreo, generaría gastos altos a sufragar con los cuales no contamos esto en el entendido que somos una entidad del régimen subsidiado que manejamos dineros del estado (sic).”¹¹

Seguidamente dijo que en el evento que la decisión “sea desfavorable” para la entidad, se faculte el recobro al Fosyga de los valores que se deban cancelar por concepto de servicios, medicamentos e insumos que no estén incluidos dentro del POS.

5. Sentencia objeto de revisión

El 21 de octubre de 2016, el Juzgado Quince Civil Municipal de Bogotá negó el amparo solicitado, al considerar que la acción de tutela “fue presentada directamente al juez constitucional, sin que exista prueba de que se requirió previamente a la EPSS que tiene obligación legal de prestaciones del servicio y que ésta se hubiera negado o demorado en prestarlo; de hecho se observa que la actora parte del supuesto de que será negada su solicitud y, al parecer, estima que el camino más fácil para obtener lo pretendido consiste en acudir a la acción de tutela, proceder que resulta a todas luces inadecuado porque, como se dijo, del material probatorio allegado no hay prueba de que a la accionante se le hubiera negado el servicio (...)”¹².

Finalmente, el juez exhortó a la entidad demandada para que “continúe prestando la asistencia médica que requiere la agenciada, de tal manera que, si llega a ser valorada por su médico tratante y éste le prescribe el servicio aquí reclamado – transporte aéreo-, una vez

efectuado el correspondiente requerimiento, proceda, sin dilación alguna a suministrárselos, siempre que se encuentren incluidos en el Plan de Beneficios o que resulten indispensables para evitar que se quebrante aún más su derecho fundamentales a la salud.”¹³.

El fallo de tutela no fue impugnado.

6. Escrito enviado por la entidad accionada a la Corte Constitucional en transcurso de Revisión

La representante legal de Ecoopsos ESS EPS-S allegó a la Corte, con destino al presente proceso, escrito del 17 de marzo de 2017¹⁴, informando que a la señora María Marleny Fernández le han autorizado y bridando los servicios de salud requeridos para el tratamiento de la enfermedad que padece, de conformidad con lo establecido en la Resolución 6408 del 2016. Frente a los medicamentos solicitados, dijo que estos le han sido entregados, de conformidad con las órdenes médicas radicadas.

Respecto a la prestación del servicio de transporte aéreo manifestó que no ha sido autorizado y que dicha prestación fue negada en el fallo de tutela. No obstante, informó lo siguiente:

* (...) con el ánimo de cumplir con los requerimientos realizados por la usuaria, ya que en la ciudad que reside CALI VALLE DEL CAUCA, no se cuenta con red de servicios de ONCOLOGIA, se le informa que puede solicitar la portabilidad, esto al tenor del Decreto 1683 de 2013. Donde se indica que el paciente podrá solicitar ante personalmente, mediante la línea telefónica de atención al usuario, por escrito o por correo electrónico exclusivo para trámites de portabilidad, la asignación de una IPS primaria en un municipio diferente al domicilio de afiliación.

* Esto Con el fin de prestar los servicios requeridos, sin la necesidad de que la usuaria con un acompañante se desplace hasta la ciudad de Bogotá, sin embargo su señoría cabe la pena destacar que paciente, ya había solicitado con anterioridad la portabilidad del municipio de la plata Huila a Bogotá D.C, solicitud que se concedió por parte nuestra, encontrándose

activa para la prestación del servicio en dicha ciudad.

* Sin embargo su señoría se entabla comunicación con la hija de la usuaria, a quien se le informa de los pasos a seguir para solicitar la nueva portabilidad a la ciudad de Cali, comprometiéndose su representante en este caso su hija que en el menor tiempo posible realizara la solicitud a el correo portabilidad@ecoopsos.com.co. Con esto manera diligente se empezara a prestar los servicios de salud requeridos por la usuaria. Actividad que hasta la fecha no se ha realizado ya que no se encuentra radicación del servicio en ninguna de nuestros medios destinados para tal fin. para que con ello se brinde el servicio en una entidad que cumpla con las condiciones necesarias para el manejo del diagnóstico. Evidenciándose con ello ánimo de cumplir con lo requerido por parte de la usuaria (sic).”¹⁵

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del caso y problema jurídico

La accionante solicita que se amparen los derechos fundamentales a la vida, la seguridad social y la salud de la señora María Marleny Fernández Erazo, y que en consecuencia se ordene a Ecoopsos ESS EPS-S, que haga la entrega de Ensure y de los medicamentos Capecitabina 500gr y Ondasentrón 8mm, formulados por el médico tratante, y que autorice el su traslado por vía aérea de Cali a Bogotá, todo ello con el fin de no someter a la paciente a la espera de autorizaciones y trámites de carácter administrativos, y de evitar que la entidad accionada incurra en demora u omisiones en la prestación del servicio, de modo que no se requiera presentar varias acciones de tutela, para que se preste el servicio de forma permanente y oportuna.

La señora Luz Derly Córdoba Fernández aduce que su mamá se encuentra en una situación

de vulnerabilidad, toda vez que padece cáncer, habiendo tenido que trasladarla del municipio de La Plata (Huila) a la ciudad de Cali para cuidar de ella, lugar en el que inicialmente se le prestaba el servicio de transporte al Instituto Nacional de Cancerología en Bogotá.

El médico tratante solicitó el traslado de la paciente por vía aérea de Cali a Bogotá, en atención al delicado estado de salud. La entidad accionada negó los servicios, bajo el argumento que lo solicitado se encuentra excluido del POS.

De conformidad con la situación jurídica planteada, le corresponde a esta Sala de Revisión establecer si Ecoopsos ESS EPS-S vulneró los derechos fundamentales invocados por Luz Derly Córdoba Fernández, en representación de María Marleny Fernández Erazo, al negar el suministro del suplemento alimenticio y los medicamentos ordenados por el médico tratante del Instituto Nacional de Cancerología, así como al no autorizar el traslado de la paciente por vía aérea de la ciudad de Cali a Bogotá, alegando que se trata de prestaciones excluidas del POS.

Para dar solución al problema jurídico planteado, esta Sala se ocupará inicialmente del derecho a la salud en Colombia, en su doble condición de servicio público y derecho fundamental, precisando las reglas existentes en los casos de entrega de medicamentos, procedimientos y servicios no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud. Evacuado lo anterior, se analizará la cobertura del servicio de transporte en el sistema de seguridad social en salud, así como los alcances y límites del reconocimiento de atención integral a los pacientes. Dispuesto todo lo anterior, se efectuará el estudio del caso concreto, considerando la eventual carencia de objeto, por lo satisfacción parcial de las pretensiones.

1. El derecho fundamental a la salud, su naturaleza y protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia¹⁶.

El artículo 49 de la Constitución Política de Colombia establece que el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas la atención en salud, con el establecimiento de políticas para la prestación del servicio y el ejercicio de una vigilancia y control de las mismas. De ahí que el derecho a la salud tenga una doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho subjetivo fundamental del que son titulares todas las personas y, por otro, en un servicio público de carácter esencial cuya prestación es responsabilidad el Estado.

En principio, “se consideró que el alcance del derecho a la salud se limitaba a su órbita prestacional, de ahí que su materialización era programática y progresiva y su desarrollo dependía de las políticas públicas implementadas para su ejecución a través de actos legislativos o administrativos¹⁷. Posteriormente, fue reconocido jurisprudencialmente como un derecho fundamental cuando su amenaza o vulneración afecta otras garantías superiores como la vida. A continuación, se determinó que todos los derechos de la Carta son fundamentales al conectarse con los valores cuya protección, el legislador primario, pretendió elevar “a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”^{18.}”¹⁹

Mediante la Sentencia T-760 de 2008, la Corte estableció que la salud es un derecho fundamental autónomo “en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.”²⁰ Por su parte el legislador mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015²¹, en su artículo 2° reconoció que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad.

La salud al ser un derecho fundamental, puede ser protegido mediante la acción de tutela cuando resulte amenazado o vulnerado y no exista otro medio idóneo de defensa judicial, presupuesto que cobra mayor relevancia cuando los afectados son sujetos de especial protección constitucional, como quienes padecen enfermedades degenerativas, catastróficas y de alto costo, entre ellas, el cáncer. Este trato diferenciado tiene fundamento en el inciso 3° del Artículo 13 de la Constitución Política y en los Artículos 48 y 49 del mismo texto.

Frente a las personas que padecen cáncer, el Congreso de la República expidió la Ley 1384 de 2010²² con el fin de establecer acciones para la atención integral del cáncer en Colombia y de este modo reducir la mortalidad por cáncer adulto, así como también mejorar la calidad de vida de los pacientes, garantizando el acceso, la oportunidad y la calidad a las acciones contempladas para el control en adulto a través de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y Entidades Promotoras de Salud.

Posteriormente, el artículo 8° de la Ley 1751 de 2015 señaló la necesidad de garantizar el tratamiento integral a quienes, con independencia del origen de la enfermedad o condición

de salud, les hubiese sido negado el acceso efectivo al servicio de salud, lo que incluye suministrar “todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no”²³. Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir “prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad”²⁴.

La Corte Constitucional reiteró en Sentencia T-920 de 2013 el deber que tiene el Estado de proteger de manera especial a sujetos que padecen cáncer, autorizando todos los medicamentos y procedimientos incluidos o no en el POS que requiera el paciente para su tratamiento. En esta providencia se indicó:

“Por la complejidad y el manejo del cáncer esta Corporación ha reiterado el deber de protección especial que deben tener las entidades prestadoras del servicio de salud, y por lo tanto, ha ordenado que se autoricen todos los medicamentos y procedimientos POS y no POS que se requieran para el tratamiento específico e incluso inaplicar las normas que fundamentan las limitaciones al POS, razón por la cual se le debe otorgar un trato preferente”²⁵.

El tratamiento integral implica la obligación de no fraccionar la prestación del servicio, por lo que está conexo con el principio de continuidad, que, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, obliga a prestar los servicios de salud de modo adecuado e ininterrumpido²⁶. Para tal efecto, las entidades de salud deben actuar con sujeción al principio de solidaridad, de modo que los trámites administrativos no sean un obstáculo en la prestación de sus servicios y los mismos sean brindados de forma coordinada y armónica.

Dentro de esta perspectiva debe considerarse con toda atención, que las personas que padecen cáncer, no están en condición de gestionar la defensa de sus derechos, como podría estarlo una persona sana o que padezca una enfermedad de menor entidad, por lo que se les debe brindar un servicio eficiente durante el curso de toda la enfermedad, de forma tal que puedan sobrellevar sus padecimientos de manera digna.

1. Requisitos para la autorización de medicamentos, procedimientos y servicios no

contemplados en el POS. Reiteración de jurisprudencia²⁷.

En desarrollo de los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 48 y 49 de la Carta, el legislador expidió la Ley 100 de 1993, en virtud de la cual se crea el sistema de seguridad social integral, y en el libro II se establece las disposiciones generales, señalando como objetivo la regulación del servicio público esencial de salud y las condiciones de acceso en todos los niveles de atención, para toda la población.²⁸

La anterior norma en su artículo 157 constituyó que todo colombiano participará en el servicio público esencial de salud, mediante dos regímenes de afiliación: el contributivo, el cual “son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago”; y el subsidiado están quienes no cuentan con capacidad de pago, y dispondrán de un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que ha sido denominado el Plan Obligatorio de Salud.

Si bien la legislación y la reglamentación del sistema de salud estableció que, con el propósito de salvaguardar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud se creara el Plan Obligatorio de Salud, al cual se encontrarán sujetas las Entidades Promotoras de Salud (EPS), dicha regla no es absoluta. Al respecto, la Corte Constitucional, ha señalado en reiterada jurisprudencia²⁹, que para negar un tratamiento o medicamento que no se encuentre dentro del Plan Obligatorio de Salud se debe estudiar el caso concreto, y bajo conceptos científicos o médicos determinar si procede o no el suministro del mismo, en atención a la prevención, conservación o superación de circunstancias que impliquen una amenaza o afectación del derecho a la salud, pues negar el insumo de servicios médicos, simplemente, por no estar contemplados en el POS, atenta directamente contra dicho derecho.

Partiendo de esta regla, la Corte Constitucional en Sentencia SU-480 de 1997, estableció los siguientes presupuestos para inaplicar las normas que regulan la exclusión de procedimientos y medicamentos del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -POS-S-:

1. “Que la ausencia del fármaco o procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de

los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.

1. “Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.

1. “Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.

1. “Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita suministro”³⁰.

Es de resaltar que, si bien por regla general es el médico adscrito a la EPS a la que se encuentra afiliado el usuario, quien puede prescribir un servicio, tratamiento o procedimiento de salud con el fin de tratar las enfermedades que presente el paciente. Esta postura tiene su excepción al tenor de la jurisprudencia constitucional que ha indicado: “(...) la prescripción presentada por un paciente de un médico no adscrito a la EPS a la que se encuentra afiliado, no debe ser rechazada o descartada de manera instantánea bajo el argumento de que dicho profesional no pertenece a la Entidad Prestadora de Salud, puesto que puede resultar vinculante para la EPS, si la entidad tiene conocimiento del concepto emitido por el médico particular y no lo descarta con base en información científica”³¹.

Es así como, la Corte estableció en Sentencia T-595 de 1999, que se debe mirar el caso concreto y de esta manera estimar si la negativa pone o no en peligro derechos fundamentales. Específicamente la Corte estimó:

“[L]a exclusión de ciertos tratamientos y medicamentos de la cobertura del Plan Obligatorio

de Salud, no puede ser examinada por el juez de tutela, simplemente desde la perspectiva de lo que dice la normatividad, y, en virtud de ello, aceptar la negativa, por no violar las disposiciones respectivas. Se ha reiterado, una y otra vez, que corresponde al juez Constitucional examinar el caso concreto, y, de acuerdo con el examen al que llegue, estimará si la negativa de la entidad pone o no en peligro el derecho fundamental a la salud o a la vida del interesado, o algún otro derecho fundamental, que tenga relación con ellos.”

Adicionalmente, en Sentencia T-033 de 2013, la Corte revisó el caso de la señora Nubia Esperanza Gelvez Fernández, quien padecía cáncer de cuello uterino en estado IIIB, entre otras patologías. En esa oportunidad, la Sala refirió al derecho que tienen los usuarios de exigir la realización de procedimientos y la entrega de medicamentos que no se encuentren incluidos en el POS, cuando se cumplan los requisitos anteriormente mencionados³².

De este modo se concluye que la prestación del servicio a la salud deberá ser proporcionada de manera integral y continua, atendiendo los supuestos de hecho que motivan la interposición de la acción de tutela, los conceptos clínicos emitidos y los requisitos que esta Corte ha dispuesto para inaplicar las normas que regulan la exclusión de prestaciones del Plan Obligatorio de Salud –POS.

5. La cobertura del servicio de transporte en el sistema de seguridad social en salud.

En relación a la cobertura del transporte o traslado de pacientes, el artículo 126 de la Resolución 6408 de 2016³³ dispone que el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC cubre el traslado acuático, aéreo y terrestre (en ambulancia básica o medicalizada) en los siguientes casos:

“1 Movilización de pacientes con patología de urgencias desde ‘el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio prehospitalario y de apoyo terapéutico en unidades móviles.

2 Entre IPS dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora. Igualmente para estos casos está cubierto el traslado en ambulancia en caso de contrarreferencia.

El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el sitio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente.

Asimismo, se cubre el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria si el médico así lo prescribe.”.

Igualmente, el artículo 127 de la mencionada Resolución establece: (i) que “[e]l servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a una atención incluida en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, no disponible en el lugar de residencia del afiliado, será cubierto en los municipios o corregimientos con cargo a la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica”; y (ii) que las EPS o las entidades que hagan sus veces “deberán pagar el transporte del paciente ambulatorio cuando el usuario debe trasladarse a un municipio distinto a su residencia para recibir los servicios mencionados en el artículo 10 de este acto administrativo, cuando existiendo estos en su municipio de residencia la Entidad Promotora de Salud -EPS o la entidad que haga sus veces no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios. Esto aplica independientemente de si en el municipio la Entidad Promotora de Salud -EPS- o la entidad que haga sus veces recibe o no una UPC diferencial.”.

En vista de lo anterior, “se entiende que salvo los casos arriba enunciados, los costos que se causan como consecuencia de los desplazamientos deben ser asumidos directamente por el paciente o por su núcleo familiar. Sin embargo, esta Corte ha sostenido que cuando se presentan obstáculos originados en la movilización del usuario al lugar de la prestación del servicio que requiere, dichas barreras deben ser eliminadas siempre que el afectado o su familia no cuenten con los recursos económicos para sufragar el mencionado gasto, con el fin de que la persona pueda acceder de forma efectiva y real al servicio³⁴.”³⁵.

En esa medida, esta Corporación ha considerado que la obligación de asumir el transporte de una persona se traslada a la EPS, solamente en casos en los que: “(i) el procedimiento o tratamiento se considere indispensable para garantizar los derechos a la salud y a la integridad, en conexidad con la vida de la persona; (ii) de no efectuarse la remisión, se ponga en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del afectado; y (iii) el paciente y sus familiares cercanos no cuenten con los recursos económicos para atenderlos.”.³⁶

La Corte ha emitido fallos ordenando el servicio de transporte a pacientes que requieren traslados intermunicipales o dentro de la misma ciudad. En la mayoría de los casos no se hace explícito al medio de transporte que debe brindárseles, pero generalmente la concesión de este servicio está atada a las pretensiones de los accionantes, que usualmente piden el cubrimiento de los gastos que les demanda el desplazamiento³⁷.

De este modo ha sido ordenado el cubrimiento de un servicio de transporte especial o con ciertas especificidades, cuando las condiciones de los pacientes lo exijan. En el caso de la Sentencia T- 511 de 2008, la Sala Novena de Revisión revisó el caso de un ciudadano que padecía cáncer de próstata y solicitó el suministro de pasajes aéreos, para trasladarse entre las ciudades de Bogotá y Pasto durante el tratamiento de su enfermedad. La Corte ordenó a la entidad demandada realizar una nueva valoración médica al accionante, “en la que se pueda determinar el tratamiento integral del (Cáncer) que padece garantizándosele el suministro de los procedimientos o medicamentos necesarios para conjurar su enfermedad, incluso la manutención y traslado por vía aérea de la ciudad de Pasto a Bogotá y viceversa, para llevar a cabo cualquier servicio médico relacionado con el tratamiento o control del cáncer que padece, si el médico tratante así lo determina necesario.”

En la Sentencia T-644 de 2014, la Sala Octava estudió el caso de una niña de 8 años de edad, residente de la ciudad de Pamplona -Norte de Santander-, afiliada al Sistema Especial de Salud de las Fuerzas Militares, que sufría de problemas neurológicos que afectan su desarrollo sicomotor desde la edad de 3 años. Debido a los tratamientos ordenados, fue remitida a las ciudades de Bucaramanga, Cúcuta y Bogotá, por lo que la madre de la menor solicitó entre otras cuestiones, el pago del traslado aéreo y estadía del paciente con un acompañante de su residencia en el Municipio de Pamplona al lugar de la prestación médica en la ciudad de Bogotá o de Bucaramanga. En este fallo la Sala estableció “que la accionante requiere del transporte con el fin de que la paciente acceda a los servicios de nivel III y IV, los cuales se ofrecen en las ciudades de Bucaramanga y Bogotá, tal como advirtieron las entidades demandadas. Se resalta que si la actora no se somete a los procedimientos requeridos no se podrá establecer con exactitud el diagnóstico de las enfermedades que sufre. Es indiscutible que la paciente requiere el pago de un traslado aéreo para los trayectos largos como los referenciados, pues ese medio de transporte es más rápido y garantiza su

seguridad e integridad personal, conclusión que los médicos de la niña manifestaron en la historia clínica (Folio 31-34 y 143 Cuaderno 2)”.

Por lo anterior, concedió el amparo y ordenó “el pago de un subsidio de transporte aéreo y de los gastos de estadía para que la paciente acceda a los servicios que requiera su enfermedad con un acompañante en las ciudades de Bucaramanga o/y Bogotá. El desembolso del traslado deberá incluir los costos de la remisión de Pamplona a Cúcuta, desplazamiento que puede ser por medio terrestre, y el transporte en avión de la capital del Departamento de Norte de Santander a las ciudades de Bucaramanga o Bogotá”.

En conclusión, las entidades prestadoras de salud deben brindar el servicio de transporte cuando las condiciones de los pacientes lo exijan, que de no efectuarse ponga en riesgo su vida y su salud, y el paciente y sus familiares no cuenten con los recursos económicos para cubrirlos.

6. Los alcances y límites del reconocimiento de atención integral en salud. Reiteración jurisprudencial³⁸.

La Ley 100 de 1993, estipula en el artículo 156, literal c que “todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud recibirán un Plan Integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales (...)”. De esta manera, se establece en dicha ley que el goce efectivo del derecho a la salud requiere acciones positivas por parte del Estado y de los prestadores del servicio de salud, encaminadas a garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación, con plena observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.³⁹

Es así como, se establece que la ejecución de la totalidad de un tratamiento médico con ocasión a un diagnóstico emitido por un profesional de la salud, no constituye una acción facultativa o de buena voluntad, sino el cumplimiento de las obligaciones estipuladas por el legislador junto con la materialización de la voluntad del constituyente, en procura de un orden social y democrático justo.

En concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional ha dicho que la atención de los

usuarios del sistema de seguridad social en salud debe ser integral, pues de otra manera no sólo se afecta el derecho a la salud, sino que la inobservancia del mismo invade la órbita de protección de otros derechos como la vida y la dignidad.

De esta manera, esta Corporación ha señalado que “en la medida en que las personas tienen derecho a que se les garantice el tratamiento de salud que requieran, integralmente, en especial si se trata de una enfermedad ‘catastrófica’ o si están comprometidas la vida o la integridad personal, las entidades territoriales no pueden dividir y fraccionar los servicios de salud requeridos por las personas.”⁴⁰.

Ahora bien, como la integralidad hace referencia a un conjunto de medicamentos, tratamientos y procedimientos necesarios para la materialización del derecho a la salud, ello implica que el paciente reciba toda la atención, sin tener que acudir al ejercicio de acciones legales. En Sentencia T-289 de 2013, esta Corte expuso que el juez de tutela estaba obligado a “ordenar el suministro de los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, ello con la finalidad de que las personas afectadas por la falta del servicio, obtengan continuidad en la prestación del mismo. La Corte ha indicado que con ello se evita la interposición de acciones de tutela por cada servicio que le sea prescrito a un afiliado por una misma patología”⁴¹.

Además de lo anterior, esta Corporación señaló en Sentencia T-790 de 2012, que:

“[L]as EPS están constitucionalmente obligadas a prestar los servicios de salud requeridos de manera ininterrumpida aun cuando se trate de servicios no P.O.S. que fueron autorizados de manera previa y no existe razón válida para su interrupción. Con la aplicación de éste principio se busca que los servicios en salud requeridos, que deban suministrarse por un período prolongado de tiempo, no se terminen por razones distintas a las médicas y se deje a los pacientes carentes de protección con las consecuencias que ello conlleva en sus vidas e integridad.”

La Corte ha establecido también, que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) deben tener

en cuenta ciertos criterios, con el fin de garantizar la continuidad en la prestación del servicio público de salud, sobre tratamientos médicos ya iniciados, así:

“(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” 42.

En conclusión, la jurisprudencia de la Corte Constitucional establece el derecho a que a toda persona tenga garantizada la continuidad del servicio de salud. Es decir, que una vez que se ha iniciado un tratamiento éste no puede ser interrumpido de manera imprevista, antes de la recuperación o estabilización del paciente. No es suficiente que el servicio de salud sea continuo, si no se presta de manera completa. Por lo tanto, es importante que exista una atención integral en salud por parte de todas las EPS, las cuales deben realizar la prestación del servicio de salud, con el propósito de brindar una respuesta efectiva a las necesidades del usuario, lo que implica brindar la totalidad de tratamientos, medicamentos y procedimientos disponibles basados en criterios de razonabilidad, oportunidad y eficiencia. Frente a las personas diagnosticadas con cáncer deben garantizarse los tratamientos necesarios de manera completa, continua y sin dilaciones justificadas, de acuerdo con lo prescrito por el médico tratante, para evitar un perjuicio irremediable en su salud y vida.

7. La carencia parcial de objeto en el presente caso⁴⁴.

La tutela es una acción procesal cuya finalidad es proteger los derechos fundamentales de las personas cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y, en casos específicos, por los particulares⁴⁵. Ésta protección consiste en que el juez constitucional profiera órdenes para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe de determinada manera, o se abstenga de ejecutar una específica acción.

Ahora bien, en el momento en que cesa la conducta que vulnera los derechos fundamentales objeto de estudio, o que dicha violación se ha consumado, la solicitud de amparo pierde toda eficacia, y el juez constitucional no tiene un objeto sobre el cual pronunciarse, escenario en el que se configura lo que la jurisprudencia ha denominado carencia actual de objeto.

La carencia actual de objeto, de conformidad con la jurisprudencia constitucional⁴⁶ se presenta en tres hipótesis a saber: (i) cuando existe un hecho superado, (ii) cuando se presenta un daño consumado, o (iii) cuando acaece un hecho sobreviniente⁴⁷.

En lo que respecta a la carencia actual de objeto por hecho superado, éste Tribunal en su jurisprudencia⁴⁸ ha señalado que se configura cuando como producto de la acción u omisión de la entidad accionada, se satisface por completo la petición contenida en la acción de tutela, entre el término de la interposición de la acción de tutela y el fallo de la misma. Sobre el particular, la Corte en Sentencia de Unificación 540 de 2007 dijo que:

“[E]l hecho superado se presenta cuando, por la acción u omisión (según sea el requerimiento del actor en la tutela) del obligado, se supera la afectación de tal manera que “carece” de objeto el pronunciamiento del juez. La jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en la tutela.”

La Corte Constitucional ha señalado que en este evento la solicitud de amparo pierde eficacia, dado que desaparece el objeto jurídico sobre el cual recaería una eventual decisión del juez de tutela⁴⁹, por lo que la intervención de este resulta inocua. Por esta razón, el operador judicial no está en la obligación de pronunciarse de fondo⁵⁰, pero si debe adoptar una conducta tendiente a demostrar, en la sentencia, que realmente se encuentra satisfecha por completo la pretensión objeto de la acción de tutela, para después declarar la carencia actual de objeto y, de esta manera, prescindir de dar orden alguna⁵¹.

Respecto al alcance de las decisiones que las Salas de Revisión deben adoptar cuando se configura la carencia actual de objeto por hecho superado, este Tribunal Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos:

“i.) Así, pues, cuando el fundamento fáctico del amparo se supera antes de iniciado el proceso ante los jueces de tutela de instancia o en el transcurso de este y así lo declaran en las

respectivas providencias, la Sala de Revisión no puede exigir de ellos proceder distinto y, en consecuencia, habrá de confirmar el fallo revisado quedando a salvo la posibilidad de que en ejercicio de su competencia y con el propósito de cumplir con los fines primordiales de la jurisprudencia de esta Corte, realice un examen y una declaración adicional relacionada con la materia (...)

ii.) Por su parte, cuando la sustracción de materia tiene lugar justo cuando la Sala de Revisión se dispone a tomar una decisión; si se advirtiere que en el trámite ante los jueces de instancia ha debido concederse el amparo de los derechos fundamentales invocados y así no se hubiere dispuesto, la decisión de la Sala respectiva de esta Corporación, de conformidad con la jurisprudencia reciente, consistirá en revocar los fallos objeto de examen y conceder la tutela, sin importar que no se proceda a impartir orden alguna.”⁵²

De este modo se tiene que la carencia actual de objeto se presenta durante el trámite del proceso por hecho superado, cuando la situación que genera la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales invocados se supera. En esos eventos no es necesario el pronunciamiento de fondo por parte del juez, salvo que se requiera precisar al agente transgresor que su acción u omisión fue contraria a los derechos constitucionales.

En el presente caso, y conforme a lo expuesto en las consideraciones anteriores, la Sala debe evaluar, de forma previa, la existencia de la carencia actual de objeto por hecho superado, con el fin de determinar si ha desaparecido la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de la señora Fernández Erazo.

Durante el trámite de revisión surtido ante esta Corporación, la representante legal de Ecoopsos ESS EPS-S informó que los medicamentos solicitados fueron entregados a la señora María Marleny Fernández Erazo. Respecto al servicio de transporte manifestó que no fue autorizado, ya que el juez de instancia negó el amparo de tutela. No obstante, señaló que esté será brindado hasta tanto la accionante solicite directamente a la entidad accionada el servicio de transporte.

Si bien se demostró que en el presente caso se configura la carencia actual de objeto de forma parcial, respecto a la pretensión de entrega de los medicamentos y el suplemente

alimenticio, la Sala no puede desconocer la negativa inicial de la entidad de no brindarle los medicamentos ordenados por el médico tratante, bajo el argumento de encontrasen excluidos del POS, así como la negativa del servicio de transporte de la ciudad de Cali a Bogotá, sin valorar que éste le fue prestado a la señora Fernández Erazo cuando residía en el municipio de La Plata (Huila), razón por la cual resulta procedente un pronunciamiento de fondo sobre el asunto.

8. Análisis del caso concreto.

La señora Luz Derly Córdoba Fernández, en representación de María Marleny Fernández Erazo, quien se encuentra afiliada al Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de Ecoopsos ESS EPS-S, padece cáncer de colon. Dicha circunstancia llevó a que su médico tratante solicitara “apoyo a la paciente en el transporte vía aérea”, y la entrega de los medicamentos Capecitabina 500gr y Ondasentrón 8mm, y el suplemento alimenticio (Ensure).

La entidad accionada afirmó que, por disposición legal, no se encuentra en la obligación de suministrar los gastos de transporte y medicamentos ordenados, ya que estos se encuentran excluidos del POS.

El Juzgado de Primera Instancia negó el amparo solicitado, al considerar que no se probó el incumplimiento en la prestación de los servicios de salud requeridos por la señora María Marleny Fernández Erazo, ya que éstos no fueron solicitados a la entidad demandada, sino que la accionante acudió directamente al juez constitucional.

De conformidad con los hechos planteados, correspondería a la Sala Octava de Revisión entrar a dar respuesta al siguiente problema jurídico: determinar si Ecoopsos ESS EPS-S vulnera los derechos fundamentales invocados por Luz Derly Córdoba Fernández, en representación de María Marleny Fernández Erazo, al no autorizarle el transporte aéreo para su traslado de la ciudad de Cali a Bogotá, así como el suministro del suplemento alimenticio y los medicamentos ordenados por el médico tratante del Instituto Nacional de Cancerología.

8.1. Estudio de procedencia

En el presente caso, se tiene que la agenciada es una persona de 59 años de edad, quien padece cáncer de colon y requiere ser trasladada de la ciudad de Cali a Bogotá, donde se encuentra la IPS que le presta servicios, para que le sea administrado el procedimiento de quimioterapia que requiere para sobrevivir, pues en el sitio de residencia no se cuenta con una entidad que preste el servicio. En consecuencia, la peticionaria solicita el traslado vía aérea que requiere su madre, de acuerdo a lo ordenado por su médico tratante.

Al considerar la difícil situación personal y de salud que padece la accionante, estima la Sala que el normal ejercicio de sus derechos se encuentra afectado y que ostenta la calidad de sujeto de especial protección por parte del Estado colombiano.

En ese orden de ideas, (i) respecto de la legitimación, al resultar evidente la imposibilidad en que se encuentra la señora Fernández Erazo de gestionar personalmente sus propios intereses, por lo que se considera procedente el accionar de su hija de acudir como su agente oficiosa, a efectos de repeler la alegada vulneración ius-fundamental; y (ii) en relación con la subsidiariedad, tratándose de una paciente con cáncer la hace un sujeto de especial protección constitucional cuya salud y condiciones de vida están siendo puestas en riesgo, se considera imperiosa la intervención del juez constitucional sobre la litis sometida a conocimiento, en razón a que no existe otro mecanismo de defensa que permita superar idónea y eficazmente esta situación.

8.2. Análisis de la presunta vulneración ius-fundamental

En la caso sub examine, le corresponde a la Sala analizar si se cumplen los requisitos jurisprudenciales para sea procedente el suministro de los medicamentos ordenados por el médico tratante.

1. Requisitos para la autorización de medicamentos no incluidos en el POS

(ii) “Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario”. Los elementos y servicios solicitados no son susceptibles de ser sustituidos, pues no existen otros alternativos que presten similar funcionalidad para tratar el cáncer que padece. Por otra parte, la entidad accionada, en respuesta a la acción de tutela, no realizó alguna precisión sobre medicamentos o procedimientos que pudieran reemplazar los que fueron ordenados por el médico tratante.

(iii) “Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores”. La señora María Marleny Fernández Erazo se encuentra registrada en el nivel I del Sisbén con un puntaje de 21,75 y está afiliada al régimen subsidiado de salud. Por lo tanto, pertenece a los grupos más pobres y vulnerables de la población, situación que refuerza la presunción de incapacidad económica, la cual no fue refutada por la entidad accionada.

(iv) “Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita suministro”. La Sala encuentra que las órdenes fueron formuladas por los médicos adscritos⁵⁴ a la EPS-S. La capecitabina⁵⁵ y ondansetrón⁵⁶ son medicamentos necesarios para tratar el cáncer, y el suplemento alimentario Ensure es para controlar la pérdida de peso que presenta como causa de su enfermedad y tratamiento.

Cabe señalar que el Ministro de Salud y Protección Social mediante Resolución 6408 de 2016, modificó el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC), el que incluyó los medicamentos Capecitabina y Ondansetrón. En vista del cambio normativo, la entidad accionada suministró los medicamentos e insumos solicitados por la accionante. Sin embargo, al realizar el análisis de las reglas establecidas por la jurisprudencia de esta Corporación, la Sala considera que la señora María Marleny Fernández Erazo cumplía con los requisitos para que el juez de primera instancia, concediera el amparo de los derechos fundamentales invocados por la accionante.

1. Requisitos para la cobertura del servicio de transporte especial

Frente a la solicitud de transporte vía aérea, la entidad accionada afirmó que: (i) este servicio se venía prestando cuando la señora residía en el Municipio de La Plata - Huila, (ii) la accionante no ha efectuado los trámites pertinentes para solicitar la nueva “portabilidad”⁵⁷ a Cali, lugar donde reside actualmente y, (iii) que la mencionada ciudad no cuenta con una red de servicios de oncología.

La Sala verificará las reglas que deben tenerse en cuenta para ordenar el traslado de pacientes, conforme a jurisprudencia constitucional, de la siguiente manera:

i. “Que el procedimiento o tratamiento se considere indispensable para garantizar los derechos a la salud y a la integridad, en conexidad con la vida de la persona”. En la historia clínica el médico tratante diagnosticó que la señora Fernández Erazo “SE ENCUENTRA CON PATOLOGÍA ESTADIO IV, USUARIO DE ILEOSTOMIA, LA CUAL REQUIERE MANEJO CON QUIMIOTERAPIA DE TIEMPO INDEFINIDO CADA 20 DÍAS, POR LO CUAL SE SOLICITA SI ES POSIBLE APOYO DE LA APACIENTE EN EL TRANSPORTE POR VÍA AÉREA, DADO AL LUGAR DE PROCEDENCIA DE ELLA EL CUAL ES MUY RETIRADO DE BOGOTÁ”⁵⁸.

La Sala encuentra que la falta de acceso a las quimioterapias prescritas a la accionante, amenaza no solo la efectividad del derecho a la salud, sino que compromete también la vida en condiciones dignas y la integridad personal, por el padecimiento del cáncer, enfermedad catalogada en el Sistema General de Seguridad Social Salud como catastrófica o ruinosa, habiendo solicitado el médico tratante la autorización para el transporte por vía aérea, por sus condiciones y el lugar de residencia para mantenerla con vida. De este modo, el efectivo suministro del tratamiento se torna indispensable para estabilizar su patología.

(ii) “Que de no efectuarse la remisión, se ponga en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del afectado”. La Sala encuentra que de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida de la paciente que, por su falta de recursos económicos, se vería enfrentada

a situaciones límite, como el hecho de no trasladarse para asistir a las quimioterapias que requiere, con las consecuencias que de ello se derivan. Por otra parte, es una obligación de la EPS-S prestar dicho servicio teniendo en cuenta, que en el lugar de residencia no cuentan con la infraestructura para brindarle la atención necesaria.

(iii) “Que el paciente y sus familiares cercanos no cuenten con los recursos económicos para atenderlos”. En el escrito de tutela la accionante no hace referencia a su falta de capacidad económica, solo refirió que tiene a cargo el cuidado de su mamá, quien ya como se mencionó se encuentra afiliada al Régimen Subsidiado de Salud. La Sala puede colegir que la señora Fernández Erazo no cuenta con los recursos económicos suficientes para sufragar por sí misma o a través de su hija, el traslado que le permita acceder efectivamente al servicio de salud.

Debe mencionarse igualmente, que en su respuesta a la acción de tutela, la entidad accionada no desvirtuó la condición económica, y en seguimiento del principio de la buena fe, la Sala da por probada la falta de capacidad económica de la accionante y su representada.

Acreditados los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Corporación para ordenar el traslado de pacientes, Sala de Revisión considera que la conducta desplegada por la EPS-S demandada condujo al quebrantamiento de los derechos constitucionales fundamentales a la vida, y a la salud de la señora Fernández Erazo, al clasificar el servicio de transporte como una prestación médica no incluida en el Plan Obligatorio de Salud, creando así una barrera que le impide el efectivo acceso al servicio de quimioterapias que le resulta necesario para mantenerse con vida, máxime si se considera, que en su lugar de residencia no se le presta el servicio por falta de una IPS .

De conformidad con la garantía de portabilidad contenida en la Ley 1438 de 2011, según la cual “(...) todas las Entidades Promotoras de Salud deberán garantizar el acceso a los

servicios de salud en el territorio nacional, a través de acuerdos con prestadores de servicios de salud y Entidades Promotoras de Salud". Ecoopsos ESS EPS-S están en la obligación de garantizarle a la señora Fernández Erazo la continuidad en el traslado al Instituto Nacional de Cancerología, así como la prestación de los servicios que se le venían suministrando cuando residía en el municipio de La Plata - Huila -, pues como se dijo, en la ciudad de Cali no se cuenta con la infraestructura necesaria para atender el tratamiento requerido.

Por lo tanto, con el ánimo de evitar que se obstaculice el acceso a los servicios de salud que requiere la señora María Marleny Fernández Erazo, la Sala ordenará a Ecoopsos ESS EPS-S que autorice el tratamiento diagnosticado por el médico tratante del Instituto Nacional de Cancerología, que implica su traslado vía aérea de Cali a la ciudad de Bogotá, toda vez que la entidad no cuenta con la infraestructura requerida para la atención de una paciente con cáncer de colon. Frente a los medicamentos e insumos requeridos no se dará orden alguna por la configuración del hecho superado, pues estos están siendo suministrados por la entidad accionada.

En consecuencia, la Sala revocará el fallo de primera instancia del Juzgado Quince Civil Municipal de Bogotá, que negó la acción de tutela, y en su lugar, concederá el amparo de los derechos fundamentales a la vida y a la salud de la señora María Marleny Fernández Erazo, en lo relacionado con el transporte vía aérea de Cali a la ciudad de Bogotá, lugar donde se ubica el Instituto Nacional de Cancerología, IPS que ha tratado la enfermedad que padece.

Síntesis de la decisión

La señora Luz Derly Córdoba Fernández en representación de María Marleny Fernández Erazo formuló acción de tutela contra Ecoopsos ESS EPS-S, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la seguridad social. Su pretensión de amparo la fundó en la negativa de la entidad accionada a autorizar el traslado vía aérea de la ciudad de Cali a Bogotá, así como en la negación del suministro de los medicamentos ordenados por el médico tratante.

El Juzgado Quince Civil Municipal de Bogotá negó el amparo, al considerar que la accionante no solicitó ante Ecoopsos ESS EPS-S lo formulado por el médico tratante del Instituto Nacional de Cancerología, sino que acudió directamente al juez constitucional.

En sede de revisión, la entidad accionada allegó escrito a este Despacho, informando que ha sido realizada la entrega periódica de los medicamentos capxitabina 500GR, ondacentron, 8MM, y Ensure de conformidad con la radicación de la orden médica por parte de la usuaria. A su vez, señalaron que el servicio de transporte no fue brindado, ya que el juez de tutela negó lo pretendido.

Como cuestión previa, la Sala encuentra que se configuró parcialmente la carencia actual de objeto por hecho superado, por la entrega de los medicamentos solicitados.

La jurisprudencia constitucional ha señalado los requisitos que esta Corte ha dispuesto para inaplicar las normas que regulan la exclusión de prestaciones del Plan Obligatorio de Salud -POS59. En este caso, se evidencia que concurren los requerimientos exigidos; ya que (i) la ausencia de los elementos y servicios solicitados por la accionante, implican un menoscabo a las condiciones de vida digna a las que tiene derecho la señora Fernández Erazo, en virtud de la enfermedad que padece; (ii) lo formulado por el médico tratante no es susceptible de ser sustituido, pues no existen tratamientos alternativos efectivos para contrarrestar el cáncer de colón; (iii) la señora María Marleny Fernández Erazo se encuentra registrada en el nivel I del Sisbén con un puntaje de 21,75 y está afiliada al régimen subsidiado de salud. Por lo tanto, pertenece a los grupos más pobres y vulnerables de la población, situación que refuerza la presunción de incapacidad económica; y (iv) las órdenes fueron formuladas por los médicos tratantes del Instituto Nacional de Cancerología, entidad adscrita a la EPS-S.

Atendiendo lo anteriormente expuesto, esta Sala considera que la entidad prestadora del servicio de salud, Ecoopsos ESS EPS-S, ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud y a la vida, de la señora María Marleny Fernández Erazo; razón por la cual revocará el fallo proferido el 21 de octubre de 2016 por el Juzgado Quince Civil Municipal de Bogotá y en su lugar, concederá el amparo a los derechos fundamentales invocados. En consecuencia se ordenará a la entidad accionada que autorice el tratamiento diagnosticado por el médico tratante del Instituto Nacional de Cancerología, el cual implica su traslado vía aérea de Cali a la ciudad de Bogotá, toda vez que la entidad no cuenta con la infraestructura requerida para la atención en servicios de oncología.

V. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido el 21 de octubre de 2016, por el Juzgado Quince Civil Municipal de Bogotá, que negó el amparo solicitado por Luz Derly Córdoba Fernández en representación de María Marleny Fernández Erazo. En su lugar, CONCEDER el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida.

SEGUNDO.- ORDENAR a Ecoopsos ESS EPS-S, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, autorice el tratamiento diagnosticado por el médico tratante del Instituto Nacional de Cancerología, ordenando el traslado de la paciente por vía aérea de Cali a la ciudad de Bogotá, durante el tiempo que resulte necesario, toda vez que la entidad accionada no cuenta con la infraestructura requerida para la atención en servicios de oncología en el lugar de domicilio de la accionante

TERCERO.- DECLARAR que Ecoopsos ESS EPS-S, podrá reclamar ante la entidad territorial correspondiente las sumas de dinero en las que incurra en cumplimiento de la presente decisión judicial, siempre y cuando los servicios prestados no se encuentren incluidos en la respectiva unidad de pago por capitación.

CUARTO.-DECLARAR parcialmente la carencia actual de objeto por hecho superado, en relación con la violación de los derechos fundamentales de la señora María Marleny Fernández Erazo originada en la negativa inicial de suministro de los medicamentos “Ensure, Capecitabina 500gr y Ondasentrón 8mm”, debido a que ya fueron autorizados y entregados por parte de Ecoopsos ESS EPS-S.

QUINTO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

Magistrado

HERNÁN CORREA CARDOZO

Magistrado (E)

JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARÍS

Magistrado (E)

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (E)

1 Cuaderno de primera instancia, folio 9.

2 Cuaderno de primera instancia. Folio 7.

3 *Ibíd.* Folio 8.

4 *Ibíd.* Folio 9. “REQUIERE MANEJO CON QUIMIOTERAPIA DE TIEMPO INDEFINIDO CADA 20 DÍAS, POR LO CUAL SE SOLICITA SI ES POSIBLE APOYO DE LA PACIENTE EN EL TRANSPORTE POR VIA AÉREA, DADO AL (sic)LUGAR DE PROCEDENCIA DE ELLA EL CUAL ES MUY RETIRADO DE BOGOTA.”.

5 *Ibíd.* Folio 12.

6 *Ibíd.* Folio 14. “... requiere de apoyo nutricional fundamentada en la pérdida de peso que presenta como causa de su enfermedad y tratamiento, necesitando mayor aporte calórico”.

7 *Ibíd.* Folio 22.

8 *Ibíd.* Folios 24 y 25.

9 *Ibíd.* Folios 69 y 70.

10 La entidad accionada allegó respuesta de forma extemporánea.

11 Ibíd. Folios 82 y 83.

12 Ibíd. Folio 75.

13 Ibíd. Folio 76.

14 Cuaderno de la Corte Constitucional, folios 17 y 18.

15 Cuaderno de la Corte, folio 16.

16 Por tratarse de un tema ampliamente asumido por esta Corporación, la Sala reiterará la Sentencia T-499 de 2014 proferida por esta Sala de Revisión con ponencia del despacho del magistrado sustanciador.

17 T-082 de 2015.

18 Sentencia T-016 de 2007.

19 Sentencia T-081 de 2016.

20 Sentencia T-920 de 2013.

21 “Por la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.”

22 “Ley Sandra Ceballos, por la cual se establecen las acciones para la atención integral del cáncer en Colombia”.

23Al respecto, ver entre otras las sentencias T-872 de 2012 y T-395 de 2015.

24 Sentencia T-611 de 2014.

25 Sentencia T-920 de 2013

26 Ver, entre otras, las sentencias T-111 de 2013 y T- 970 de 2007.

27 Por tratarse de un tema ampliamente asumido por esta Corporación, la Sala reiterará la Sentencia T-499 de 2014 proferida por esta Sala de Revisión con ponencia del despacho del magistrado sustanciador.

28 Artículo 152 y siguientes de la Ley 100 de 1993.

29 Ver Sentencias T-939 de 2013 y T-927 de 2013.

30 Ver también Sentencias T-237 de 2003 y T-760 de 2008.

31 Sentencia T- 354 de 2011.

32 “(i) [que] la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) [que] el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) [que] el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; (iv) [que] el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.”

33 “Por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”.

35 Sentencia T-707 de 2016.

36 Sentencias T-745 de 2009, T-365 de 2009, T-587 de 2010, T-022 de 2011, T-481 de 2011 y T-173 de 2012 entre otros.

37 Sentencia T-707 de 2016.

38 Por tratarse de un tema ampliamente asumido por esta Corporación, la Sala reiterará la Sentencia T-499 de 2014 proferida por esta Sala de Revisión con ponencia del despacho del magistrado sustanciador.

39 Ver Sentencias T-289 de 2013 y T-760 de 2008.

40 Sentencia T-760 de 2008.

41 Ver Sentencia T-970 de 2008, cuya posición es reiterada en la Sentencia T-388 de 2012.

42 Cfr. Sentencia T-1198 de 2003 (MP. Eduardo Montealegre Lynett), cuya posición ha sido reiterada en las sentencias T-164 de 2009 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-479 de 2012 (MP. Nilson Pinilla Pinilla) T-505 de 2012 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio), y T-214 de 2013 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), entre otras.

43 Sentencia T-234 de 2014.

44 Por tratarse de un tema ampliamente asumido por esta Corporación, la Sala reiterará la Sentencia T-499 de 2014 proferida por esta Sala de Revisión con ponencia del despacho del magistrado sustanciador

45 Artículo 86 de la Constitución Política de Colombia.

46 Sentencias T-199-11; T-525 de 2012; T-498 de 2012; T-787 de 2013; T-859 de 2013; T-741 de 2014; T- 597 de 2015; T-266 de 2015 y T-224 de 2015.

47 Sentencia T-321 de 2016.

48 Sobre el tema se pueden consultar las siguientes sentencias, entre otras: T-314 de 2011; T-640 de 2011; T-199 de 2011; T-612 de 2012; T-697 de 2012; T-874 de 2013.

49 Sentencia T-447 de 2014.

50 Sentencia T-011 de 2016.

51 Sentencia T-321 de 2016.

52 Sentencia T-722 de 2003. Al respecto ver también las Sentencias T-398 y T-742 de 2004, T-297 y T-1163 de 2005 T-442 de 2006 y T-188 de 2010.

53 Cuaderno de primer instancia, folios

54 Cuaderno de primera instancia, folio 19.

55 “La capecitabina se usa en combinación con otros medicamentos para tratar el cáncer de seno que ha regresado después del tratamiento con otros medicamentos. También se usa sola para tratar el cáncer de seno que no ha mejorado después del tratamiento con otros

medicamentos. La capecitabina también se usa para tratar el cáncer de colon o de recto (cáncer que empieza en el intestino grueso) que ha empeorado o que se ha propagado a otras partes del cuerpo. También se usa para prevenir que el cáncer de colon se propague en personas que se han realizado una cirugía para extraer el tumor. La capecitabina pertenece a una clase de medicamentos llamados antimetabolitos. Actúa deteniendo o enlenteciendo el crecimiento de las células cancerosas". <https://medlineplus.gov/spanish/druginfo/meds/a699003-es.html>.

56 "El ondansetrón se usa para prevenir las náuseas y los vómitos causados por la quimioterapia, radioterapia y cirugías. El ondansetrón pertenece a una clase de medicamentos llamados antagonistas receptores de serotonina 5-HT3. Funciona al bloquear la acción de la serotonina, una sustancia natural que puede causar náuseas y vómitos.". <https://medlineplus.gov/spanish/druginfo/meds/a601209-es.html>.

57 Decreto 1683 de 2013. "Artículo 4. Portabilidad. Es la garantía de la accesibilidad a los servicios de salud, en cualquier municipio del territorio nacional, para todo afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud que emigre del municipio domicilio de afiliación o de aquél donde habitualmente recibe los servicios de salud, en el marco de las reglas previstas en el presente decreto".

58 Cuaderno de primera instancia, folio 9.

59 Sentencias SU-480 de 1997, T-237 de 2003 y T-760 de 2008 entre otras.