



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE DUITAMA

Duitama, cinco (5) de noviembre de dos mil quince (2015)

Referencia: Acción de tutela
Radicación: 15238-33-33-001-2015-00053-00
Demandante: Juan Nepomuceno Cely González (a través de agente oficiosa)
Demandadas: Caprecom EPS

Procede el Despacho a decidir en primera instancia la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. LA SOLICITUD

La señora CLARA INÉS CELY RAMÍREZ, actuando como agente oficiosa de su padre JUAN NEPOMUCENO CELY GONZÁLEZ, identificado con C. C. No. 1.0126.610, quien se encuentra hospitalizado, interpone Acción de Tutela en contra de CAPRECOM EPS, impetrando el amparo de los derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones dignas.

1.1. PRETENSIONES:

De acuerdo a lo esbozado por la agente oficiosa las pretensiones se contraen a lo siguiente:

- a) Tutelar los derechos fundamentales invocados.
- b) Ordenar a Caprecom EPS que en forma inmediata autorice al paciente la práctica del procedimiento médico denominado "cateterismo cardíaco", en una institución médica con la capacidad científica para el efecto, y que en lo sucesivo se le garantice la atención integral en salud, de acuerdo a la prescripción médica.

1.2. HECHOS:

La situación fáctica expuesta por el agente oficioso se resume así:

- a) Da cuenta la agente oficiosa que su padre Juan Nepomuceno Cely González, cuenta actualmente con 77 años de edad y pertenece al régimen subsidiado de salud, afiliado a Caprecom EPS desde el año 2002, tiempo durante el cual le han diagnosticado enfermedades asociadas con hipertensión arterial, triglicéridos y colesterol altos, situación que le ha generado problemas cardíacos al punto de sufrir un infarto.
- b) Agrega que el 14 de octubre 2015, aquejado de un fuerte dolor en el pecho fue ingresado por urgencias al Hospital Regional Duitama, donde actualmente se encuentra en delicado estado de salud, aunque le han manifestado que le van a dar salida, pues en dicho nivel de atención no cuentan con los equipos y especialistas para la práctica del cateterismo cardíaco que requiere y la respuesta de Caprecom EPS es que no cuenta con contrato con ninguna institución de salud para la práctica de dicho procedimiento.

c) Finalmente, señala que la negativa de la EPS accionada a autorizar el procedimiento médico referido puede desencadenar una situación de riesgo para el paciente, puesto que los medicamentos y el procedimiento indicado son indispensables para el sostenimiento de su salud.

2. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto del 22 de octubre de 2015 se admitió la demanda (fl.16), ordenando la notificación al Director de CAPRECOM EPS, la que se cumplió a través del correo electrónico dispuesto por la entidad para el efecto (fls.17-18), al tiempo que se solicitó al citado funcionario, rendir el informe de que trata el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991, en el término de dos (2) días.

Así mismo, se decretó medida provisional consistente en: "ORDENAR a la EPS CAPRECOM, que en forma inmediata y con el fin de proteger el derecho fundamental a la salud, autorice realizar el procedimiento médico denominado "CATETERISMO CARDIACO", al paciente Juan Nepomuceno Cely González, quien se encuentra hospitalizado en el Hospital Regional Duitama". Medida que Caprecom EPS no probó haber cumplido.

3. LA DEFENSA

Caprecom EPS no rindió el informe solicitado.

II. CONSIDERACIONES

1. Cuestión previa - Legitimación en la causa por activa:

Manifiesta la accionante que presenta la acción de tutela en nombre de su padre JUAN NEPOMUCENO CELY GONZÁLEZ, quien se encuentra hospitalizado y en delicado estado de salud, circunstancia por la que debe examinarse brevemente si la legitimidad por activa, se ubica en lo previsto en el inciso segundo del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, disposición que literalmente prevé: "*También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa*".

El alcance de la precitada disposición ha sido objeto de interpretación por la Corte Constitucional en reiteradas providencias, en los siguientes términos:

"La jurisprudencia consolidada de esta Corporación está encaminada a señalar que dada la informalidad que reviste la acción de tutela, la regla general consiste en que sea el propio titular del derecho quien la interponga directamente y que, sólo excepcionalmente, sea aceptada su presentación a través de agente oficioso, cuando se den las circunstancias y requisitos que exige el inciso segundo del precepto transcrito. Es decir, que el agente debe manifestar que actúa en tal condición porque el agenciado no puede promover la propia defensa de sus intereses. Este último punto debe probarse, así sea sumariamente. La Corte ha manifestado que no es suficiente la afirmación del agente en este sentido, sino que el juez de tutela, en el caso concreto, de los documentos que obren en el expediente, pueda determinar que por las condiciones o circunstancias que atraviesa el titular de los derechos, en el momento de requerir la intervención del juez de tutela, verdaderamente le impiden promover directamente la defensa de los mismos.

(...)"¹

En sentencias más recientes, la Corte dejó establecidos dos requisitos esenciales que deben cumplirse para viabilizar la tutela a través del agente oficioso:

¹ Sentencia T-899 de 2001. M.P. Alfredo Beltrán Sierra

“La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que para intervenir como agente oficioso en la acción de tutela se requiere, en primer lugar, la manifestación expresa o que se infiera claramente que se actúa como agente oficioso de otra persona y, en segundo lugar, que el agenciado esté en imposibilidad de promover directamente la acción constitucional”² (resalta el despacho).

De la jurisprudencia antes citada, es seguro afirmar que en el presente caso se cumplen los presupuestos esbozados, dado que la actora aduce que interpone la acción constitucional en consideración a la gravedad del estado de salud de JUAN CELY GONZÁLEZ, aspecto que se verifica con los apartes de la historia clínica aportados, medio de prueba con el que se demuestra que la persona referida se encuentra hospitalizado y en delicado estado de salud, situación que le impide asumir su propia defensa. Contexto dentro del cual, la demandante se encuentra legitimada para solicitar el amparo de los derechos fundamentales del paciente en calidad de agente oficiosa.

1. Problema jurídico:

Se contrae a determinar si la EPS accionada ha vulnerado los derechos fundamentales impetrados a favor del actor, ante la omisión de autorizar la práctica del procedimiento médico denominado “cateterismo cardíaco”, procedimiento que de acuerdo con el médico tratante, es indispensable y urgente para proteger la salud y la vida del paciente.

2. Tesis:

El Despacho sostendrá la tesis que Caprecom EPS está vulnerando de manera flagrante los derechos a la salud, seguridad social y la vida digna del actor, quien es un paciente diagnosticado con enfermedad cardíaca, a pesar de lo cual ha sido abandonado totalmente por su EPS, puesto que no le han autorizado procedimiento que requiere con urgencia, aduciendo carencia de contratación con instituciones de salud especializadas en dicha enfermedad.

3. El derecho a la seguridad social:

Conforme lo establece la Constitución Política y la Ley 100 de 1993, todas las personas tienen derecho a que se garantice el acceso a los servicios que requieran para conservar su salud, cuando se encuentre gravemente comprometida la vida digna e integridad personal, ámbito que ha sido denominado por la legislación el ‘aseguramiento en salud’ que comprende (i) la administración del riesgo financiero, (ii) la gestión del riesgo de salud, (iii) la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, (iv) la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y (v) la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario (Ley 1122 de 2007).

4. La salud como derecho fundamental de aplicación directa:

La Corte Constitucional en sentencia T-760-08 se refirió, en forma general, a la necesidad de dar a los ciudadanos acceso preferente al servicio de salud, teniéndose éste como un derecho fundamental de aplicación directa, cuya protección no sólo se logra invocándolo como derecho conexo con el derecho fundamental a la vida digna (como se venía estableciendo anteriormente), sino estatuyendo que en ciertas circunstancias goza de un carácter “autónomo”. En dicha providencia se retomó el argumento expuesto mediante sentencia T-859 de 2003, según el cual el derecho a la salud es fundamental cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de alguna norma rectora de orden constitucional o las que estructuran el Sistema Nacional de Salud³.

² Sentencia T-031 A de 2011. M. P. Nilson Pinilla Pinilla

³ Corte Constitucional, Sentencia T-760-08, “...Al respecto la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las

La sentencia precitada, hace aclaración expresa de las vías por las cuales la Corte estableció que se protege el derecho a la salud, haciendo énfasis en su carácter fundamental, respecto de lo cual señala lo siguiente:

"El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud 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".

Así pues, la jurisprudencia constitucional superó la concepción indicada por muchos años, según la cual, la salud sólo adquiere carácter de fundamental estando en conexidad con otros derechos fundamentales, y en la actualidad lo protege como derecho fundamental 'autónomo'.

En la misma sentencia, cuya aplicación en la solución de las tutelas relacionadas con el derecho a la salud, es de aplicación imperiosa, la Corte encuentra que existe un vacío normativo en la forma de acceder a un servicio excluido del Plan Obligatorio de Salud:

(...)

La laguna normativa que existe en torno al procedimiento para acceder a los servicios de salud que se requieran, no comprendidos dentro del plan, distintos a medicamentos no incluidos, es la principal barrera que existe para poder obtenerlos.⁴ Esta falla en la regulación es una desprotección del derecho a la salud que se ha mantenido a lo largo de las diferentes reformas. El Ministerio de la Protección Social reconoce en una de sus intervenciones que la decisión de restringir el acceso a los servicios de salud que una persona requiera, distintos de medicamentos, es deliberada y consciente, por cuanto se considera, erradamente, que en tal situación el plan de salud sería ilimitado y podría incluir cualquier clase de servicio. Esta creencia es errada, pues el hecho de que excepcionalmente en un caso concreto una persona requiera un servicio de salud no incluido en el POS, y se le garantice el acceso al mismo, no tiene como efecto modificar el POS e incluir tal servicio. El servicio no incluido al que se haya garantizado el acceso en un caso concreto, permanece como un servicio no incluido dentro del Plan y sólo podrá ser autorizado, excepcionalmente, por las condiciones específicas en que se encuentra el paciente, sin perjuicio de que la experiencia y los estudios lleven a que el órgano regulador decida incluir dicho servicio en el plan de beneficios..."

5. Derecho a la vida digna:

La vida como bien jurídico inviolable (art.11 C.P.), es el presupuesto mismo de la existencia de un sistema jurídico, cualquiera sea su ideología, pues es a partir de su protección que se reconoce a la persona como sujeto de derechos. Su guarda implica la garantía de la existencia de la persona desde su concepción biológica, en condiciones de integridad física y mental así como de dignidad⁵. La vida es el derecho fundamental por excelencia, la fuente de todos los derechos y fin primordial de las organizaciones humanas.

normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.[2] Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela.[3] La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.[4]"

⁴ En el artículo 28 del Decreto 806 de 1998, hace más de una década, se esbozó una regulación que nunca se acogió o desarrolló, siendo la acción de tutela el único medio para tramitar estas solicitudes de servicios no incluidos.

⁵ Ver sentencias T-304 de 1998, T-732 de 1998 y T-756 de 1998 entre otras.

En cuanto a la dignidad humana, el máximo Tribunal Constitucional ha venido elaborando una línea jurisprudencial, destacando el desarrollo del concepto y su naturaleza jurídica al distinguir que esta expresión presenta dos maneras de ser entendida, como objeto concreto de protección, o a partir de la funcionalidad normativa; sobre el primer supuesto "el objeto de protección", ha indicado:

"La Corte identifica tres lineamientos claros y diferenciables i) La Dignidad Humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un Plan Vital y de Determinarse según sus características (Vivir como quiera). ii) La Dignidad Humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (Vivir Bien). iii) La Dignidad Humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (Sin humillaciones)"⁶. Resaltado fuera de texto.

6. El suministro de medicamentos y servicios no incluidos en el POS:

La Resolución No. 5521 de 2013 del Ministerio de Salud "Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud", recoge el inventario de procedimientos, medicamentos y servicios que las EPS están obligadas a suministrar sin importar si el paciente pertenece al régimen contributivo o subsidiado. Sin embargo, ante la ausencia de regulación de la forma de acceder a procedimientos, medicamentos o servicios no incluidos dentro del catálogo establecido en el POS, ha sido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la encargada de llenar el vacío normativo a que hacía alusión la sentencia citada con antelación.

Es así como en la revisión de casos concretos, similares al que nos ocupa, el Máximo Tribunal Constitucional, decanta su posición en la materia en los siguientes términos:

*"(...)
En relación con la protección y la garantía efectiva del derecho a la salud de aquellas personas que lo requieren con necesidad para mantener su integridad personal y una vida en condiciones dignas y justas, esta Corporación ha indicado que existen circunstancias que ameritan el suministro de un medicamento o la práctica de un tratamiento o intervención, que a pesar de no estar contemplado en el Plan Obligatorio de Salud (POS) deberá ser asumido por la Entidad Promotora de Salud, teniendo derecho a recobrar su costo al Estado, a través del Fosyga.
(...)"⁷*

De esta forma, resulta claro que el alcance del derecho fundamental a la salud desarrollado por la jurisprudencia constitucional, en especial en aplicación del principio de integralidad, los servicios o prestaciones no se agotan en los incluidos en un catálogo, sino que hay circunstancias especiales en las que de acuerdo a la situación del caso concreto, el sistema debe desplegar su condición de garante y protector de la persona colocada en la posición de usuario-paciente, al que no puede abandonarse a su suerte, especialmente cuando sus condiciones socio-económicas no le permiten proveerse de procedimientos, medicamentos y servicios por su cuenta. De ahí que la jurisprudencia deja en manos del juez de tutela la responsabilidad de conceder o no las prestaciones excluidas del Plan Obligatorio en Salud (POS), de acuerdo a las circunstancias de cada caso específico.

7. La solución del presente caso:

Dentro del presente proceso aparecen demostrados los siguientes hechos relevantes:

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-881 de 2002

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-320 de 2011; M. P. Jorge Iván Palacio Palacio
En el mismo sentido, ver las Sentencia T - 039 y T - 073 de 2013.

-A folio 8 del expediente, aparece copia impresa de consulta de la base de datos de afiliación al sistema de seguridad social, la que da cuenta que el señor Juan Nepomuceno Cely González pertenece al régimen subsidiado de salud y con afiliación activa a Caprecom EPS.

-A folio 9 del expediente milita copia del documento de identidad del accionante, del que se extrae que actualmente cuenta con 77 años de edad.

-De folios 11 a 12 del expediente aparecen apartes del resumen de historia clínica del señor Cely González, en la cual, la médico tratante consigna la necesidad de remitir al paciente en consideración a que requiere con urgencia "cuidados coronarios o cateterismo cardíaco", para el manejo respectivo.

En desarrollo de la tesis planteada por el Despacho, la respuesta al problema jurídico formulado, se soporta en los siguientes aspectos relevantes:

De acuerdo con los medios de prueba arrojados al proceso está demostrado que el accionante Juan Nepomuceno Cely González, pertenece al régimen subsidiado de seguridad social en salud, afiliado a Caprecom EPS; paciente que fue diagnosticado con enfermedad cardíaca, por lo que su salud y su vida corren inminente peligro; no obstante, Caprecom EPS ha desatendido por completo sus obligaciones como responsable del aseguramiento en salud del paciente, conducta que no se compadece con la situación de una persona adulta mayor y que dada la precariedad de su condición económica, no puede hacerle frente a una enfermedad catalogada como catastrófica. En efecto, para contrarrestar dichos episodios se creó el sistema de seguridad social en salud, el que se fundamenta en los principios de solidaridad y dignidad de las personas, los que a su vez, son el soporte del Estado Social de Derecho (Art. 1º C.P.).

En el mismo sentido, resulta incomprensible que Caprecom EPS deje a la deriva a sus afiliados, aduciendo carencia de contrato con instituciones especializadas para la atención de pacientes diagnosticados con enfermedades clasificadas como catastróficas, pues a pesar de la situación de inviabilidad financiera por la que atraviesa la EPS accionada, se trata de una problemática de orden administrativo de resorte de Caprecom EPS y del Sistema de Seguridad Social en Salud, cuyos efectos nocivos no tienen porqué sufrirlos los pacientes y afiliados, quienes tienen derecho a que el Estado les garantice la atención en salud de manera integral y oportuna.

Así las cosas, el Juzgado concederá el amparo de los derechos fundamentales a la salud, la seguridad social y la vida en condiciones de dignidad del señor Juan Nepomuceno Cely González, vulnerados por Caprecom EPS. En procura de la restauración de los derechos vulnerados al accionante, se ordenará a la gerente nacional de CAPRECOM EPS -Luisa Fernanda Tovar Pulecio- lo siguiente: i) Que en el término improrrogable de 48 horas AUTORICE la práctica del procedimiento médico denominado "CATETERISMO CARDIACO" al paciente JUAN NEPOMUCENO CELY GONZÁLEZ en una institución médica especializada en dichos procedimientos; y ii) Garantizar al paciente la prestación integral de los servicios de salud, esto es, el acceso a procedimientos médico-quirúrgicos, exámenes de diagnóstico, medicamentos, sin ninguna limitación.

Finalmente, cabe advertir que en caso que el paciente requiera servicios excluidos del POS, la EPS accionada le asiste el derecho al recobro ante el FOSYGA, en los términos de la Resolución 0548 de 2010, normatividad que contempla el procedimiento para el reconocimiento y pago de servicios excluidos del plan obligatorio. Aspecto éste sobre el que también se ha pronunciado la Corte Constitucional⁸, indicando que bastará con que el administrador del Fosyga constate que la entidad no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la Unidad de Pago por Capitación (UPC), para que el recobro no pueda ser objetado.

⁸ Sentencia T-760 de 2008.

III. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO.- TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y la vida en condiciones de dignidad del señor JUAN NEPOMUCENO CELY GONZÁLEZ vulnerados por CAPRECOM EPS.

SEGUNDO.- En consecuencia, **ORDENAR** a la gerente nacional de CAPRECOM EPS -LUISA FERNANDA TOVAR PULECIO- o quien haga sus veces, lo siguiente: **i)** Que en el término improrrogable de 48 horas **AUTORICE** la práctica del procedimiento médico denominado "CATETERISMO CARDIACO" al paciente JUAN NEPOMUCENO CELY GONZÁLEZ en una institución médica especializada en dichos procedimientos; y **ii)** Garantizar al paciente la prestación integral de los servicios de salud, esto es, el acceso a procedimientos médico-quirúrgicos, exámenes de diagnóstico, medicamentos, sin ninguna limitación, de acuerdo a las órdenes del médico tratante, advirtiendo que respecto de los servicios excluidos del POS que le sean suministrados al paciente, a la EPS le asiste el derecho de recobro en los términos de la normatividad aplicable.

TERCERO.- Si no es impugnada, **ENVÍESE** de inmediato a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y GÚMPLASE.

RONALD CASTELLAR ARRIETA
Juez