



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

Bogotá D. C., 7 de diciembre de 2021

ACCIÓN DE TUTELA N° 2021-00618 DE MYRIAM BARRAGÁN RODRÍGUEZ CONTRA CAPITAL SALUD EPS-S

SENTENCIA

Corresponde a este Despacho resolver en primera instancia la acción de tutela promovida por Myriam Barragán Rodríguez contra Capital Salud EPS-S por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, la vida, la seguridad social y a la vida digna.

ANTECEDENTES

Hechos de la acción de tutela

Manifestó que se encuentra afiliada a Capital Salud EPS-S, y cuenta con el diagnóstico de *“tumor maligno de la piel de otras partes y de las no especificadas de la cara, linfoma de celular B, sin otra especificación, tumor maligno de la piel del tronco, tumor maligno de la piel del miembro superior incluido el hombro y micosis fungoide”*.

Sostuvo que la encartada venía presentando la atención en salud sin ningún inconveniente, pero que por asuntos contractuales dejaron de brindarle la atención requerida y fue trasladada a la IPS Oncolife misma que no cuenta con todas las condiciones y características para brindar un tratamiento adecuado para su patología, máxime si desde el inicio de su tratamiento ha sido atendida por el Instituto Nacional de cancerología quienes sí cuentan con todas las capacidades para atenderla de forma adecuada.

Indicó que el médico tratante le ordenó los procedimientos *“estudio de biología molecular en espécimen de reconocimiento – evaluación de reordenamiento de inmunoglobulinas y tcr clonalidad papulosis linfomatoide, estudio de coloración inmunohistoquímica en biopsia, estudio de coloración básica en biopsia papulosis linfomatoide, biopsia de piel con sacabocado y sutura simple de papulas de papulosis linfomatoide”* sin que a la fecha hubieran sido autorizados o programados por parte de la EPS o el Instituto Nacional de Cancerología.

Precisó que la EPS encartada aún cuenta con convenio con el Instituto Nacional de Cancerología, por lo que resulta procedente autorizar y programar los procedimientos requeridos para dicha EPS

Objeto de la Tutela

De acuerdo con lo expuesto, la accionante pretende que se amparen sus derechos fundamentales a la salud, la vida, la seguridad social y a la vida digna y, en consecuencia, pide ordenar a la accionada que i) autorice y programe los procedimientos *“estudio de biología molecular en espécimen de reconocimiento – evaluación de reordenamiento de inmunoglobulinas y tcr clonalidad papulosis linfomatoide, estudio de coloración inmunohistoquímica en biopsia, estudio de coloración básica en biopsia papulosis linfomatoide, biopsia de piel con sacabocado y sutura simple de papulas de papulosis linfomatoide”*, ii) que todas las prestaciones asistenciales requeridas sean atendidas por el Instituto Nacional de Cancerología y iii) se conceda el tratamiento integral.

TRÁMITE DE INSTANCIA

La presente acción fue admitida por auto del 25 de noviembre de 2021, por medio del cual se ordenó librar comunicación a la accionada y vinculadas con el fin de ponerles en conocimiento el escrito de tutela y se les solicitó la información pertinente.



Informes recibidos

Capital Salud EPS-S manifestó que la accionante se encuentra vinculada a la EPS a través del régimen subsidiado, siendo su IPS primaria el Hospital de Suba ESE.

Sostuvo que la accionante ya había incoado una acción de tutela por los mismos hechos y pretensiones el 3 de septiembre de 2021, misma que fue conocida por el Juzgado 19 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá por lo que se está en presencia de una temeridad por parte de la señora Barragán Rodríguez.

Indicó que ha autorizado todos los servicios y prestaciones requeridos por la accionante en el Instituto Nacional de Cancerología y que no ha remitido o direccionado las ordenes medicas de la accionante a una IPS diferente.

Manifestó que a la fecha ha autorizado y garantizado la prestación de todos los servicios requeridos y ordenados por el médico tratante de la accionante, por lo que no ha vulnerado derecho fundamental alguno y en gracia de discusión se estaría en presencia del fenómeno jurídico del hecho superado por carencia actual de objeto.

Finalmente, solicitó negar la acción de tutela por cuanto existe temeridad y por cuanto en gracia de discusión se esta ante un hecho superado y no se ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante.

El **Instituto Nacional de Cancerología** pese a estar debidamente notificado, guardó silencio frente a los hechos y pretensiones de la acción constitucional.

El **Juzgado 19 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá**, allegó copia integra de la acción de tutela 110013109019202100236 conocida por ese Despacho.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la constitución política de Colombia, norma que la establece como un mecanismo jurídico sumario y que permite brindar a cualquier persona, sin mayores requisitos de orden formal, la protección específica e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuando le son vulnerados o están en amenaza debido a la acción o la omisión de una autoridad pública o de un particular.

Sin embargo, para que prospere la acción constitucional se debe demostrar la vulneración de los preceptos fundamentales que se consideran conculcados y en algunos casos, también la causación de un perjuicio irremediable, para que el juez de tutela concrete su garantía, pues únicamente cuando sea indubitable su amenaza o vulneración resulta viable por esta vía ordenar el reconocimiento de una situación que puede llegar a ser dirimida por otro medio de defensa judicial (Corte Constitucional Sentencia T-471 de 2017).

Derecho fundamental a la salud

Dispone el artículo 49 constitucional que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado, y que estos deben ser garantizados a todas las personas, desde las ópticas de promoción, protección y recuperación del estado de salud.

Esta disposición constitucional reafirma que a todas las personas se les debe otorgar la garantía de acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de ese estado de salud, determinando, de manera irrefutable, que el derecho a la salud adquiere el rango de fundamental, porque cuanto se refiere a que todas las personas tienen el derecho a la atención en salud, definiendo así el sujeto, sin hacer exclusión de ninguna índole, para abarcar, por consiguiente, la universalidad de los sujetos destinatarios del mismo.



En aplicación directa de la Constitución, la jurisprudencia constitucional siempre ha tratado de considerar que el derecho a la salud es fundamental porque protege múltiples ámbitos de la vida humana, y a la vez un derecho complejo, tanto por su concepción como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan, y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad.¹

Con la expedición de la Ley 1751 de 2015, el derecho a la salud es reconocido finalmente como derecho fundamental, para regularlo como aquella garantía consistente en la adopción de medidas y prestación de servicios, en procura del más alto nivel de calidad e integridad posible, sobre todo, de personas en estado de debilidad manifiesta, puesto que, sumado a la prestación de un servicio de calidad y tratamiento eficiente e integral, esas personas merecen especial protección por parte del Estado.

Precisamente con esta legislación, se estableció que la atención en materia de salud, debe ser prestada de manera integral, es decir, que *"los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador"*, por las entidades encargadas por el Estado, con observancia de sus elementos esenciales e interrelacionados, tales como la disponibilidad, la aceptabilidad, la accesibilidad, la calidad e idoneidad profesional y principios básicos como los de universalidad, *pro homine*, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de los derechos, progresividad del derecho, libre elección, sostenibilidad, solidaridad, eficiencia e interculturalidad y protección especial a minorías étnicas.

Por lo tanto, las personas vinculadas al sistema general de salud independientemente del régimen al que pertenezcan, tienen el derecho a que las EPS les garanticen un servicio de salud adecuado, es decir, que satisfaga las necesidades de los usuarios en las diferentes fases, desde la promoción y prevención de enfermedades, hasta el tratamiento y rehabilitación de la enfermedad y con la posterior recuperación; por lo que debe incluir todo el cuidado, suministro de medicamentos, cirugías, exámenes de diagnóstico, tratamientos de rehabilitación y todo aquello que el médico tratante considere necesario para restablecer la salud del paciente o para aminorar sus dolencias y pueda llevar una vida en condiciones de dignidad.

En este entendido, la salud es un derecho fundamental y es también un servicio público, doble connotación que ha sido analizada por la Corte Constitucional, que permite una amplia protección al derecho fundamental de los ciudadanos colombianos y que, por consiguiente, fortalece la necesidad de demandar por parte de las administradoras y prestadoras de salud el cumplimiento de su deber en aras de no vulnerar las prerrogativas fundamentales de sus afiliados.² Es por ello, que en el caso tal que las empresas prestadoras de salud no presten su servicio de manera idónea, o los postulados de un estado social de derecho y el coasociado se vea en la imperiosa necesidad de recurrir al aparato jurisdiccional, es claro que el juez de tutela debe ser el encargado de estudiar el caso en concreto para determinar si es necesario adoptar las medidas que considere pertinentes para lograr adecuar la respectiva irregularidad.

Caso concreto

En el presente caso, la accionante pretende que se amparen sus derechos fundamentales a la salud, la vida, la seguridad social y a la vida digna y, en consecuencia, pide ordenar a la accionada que *i)* autorice y programe los procedimientos *"estudio de biología molecular en espécimen de reconocimiento – evaluación de reordenamiento de inmunoglobulinas y tcr clonalidad papulosis linfomatoide, estudio de coloración inmunohistoquímica en biopsia, estudio de coloración básica en biopsia papulosis linfomatoide, biopsia de piel con sacabocado y sutura simple de papulas de papulosis linfomatoide"*, *ii)* que todas las prestaciones asistenciales requeridas sean atendidas por el Instituto Nacional de Cancerología y *iii)* se conceda el tratamiento integral.

Para acreditar sus pedimentos allegó:

¹ Sentencia T-760 de 2008 y T-062 de 2017.

² Sentencia T-673 de 2017.



1. Orden clínica No. 5844857 del 15 de octubre de 2021 (folio 22) en el cual se ordena el procedimiento:
 - a) *"biopsia de piel con sacabocado y sutura simple de papulas de papulosis linfomatoide"*.
2. Orden clínica No. 5844857 del 15 de octubre de 2021 (folio 23) en el cual se ordenan los procedimientos:
 - a) *"estudio de biología molecular en espécimen de reconocimiento – evaluación de reordenamientos de inmunoglobulinas y TCR P"*.
 - b) *"Estudio de coloración inmunohistoquímica en biopsia"*.
 - c) *Estudio de coloración básica en biopsia papulosis linfomatoide"*.
3. Historia clínica del Instituto Nacional de Cancerología ESE del 15 de octubre de 2021.

Por su parte, la accionada adujo que los hechos y pretensiones objeto de la presente acción de tutela, ya habían sido conocidos por el Juzgado 19 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, por lo que se estaba en presencia de una acción temeraria.

Sostuvo que pesé a la temeridad, autorizó y programó todos los procedimientos requeridos por la accionante en el instituto Nacional de Cancerología y que no ha redireccionado a la señora Barragán a alguna otra de sus IPS adscritas a su red de prestadoras de servicio y que su atención se seguirá dando en dicha EPS hasta tanto los convenios subsistan bajo la libertad contractual con la que cuenta como EPS.

Ahora bien, ante la manifestación de Capital Salud EPS-S de que la presente acción resulta temeraria, toda vez que mediante fallo de tutela proferido por el Juzgado 19 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá bajo el radicado 2021-236, se analizaron los pedimentos de la peticionaria que son similares a los hoy pedidos, por existir identidad de partes, identidad fáctica y *causa petendi*; el Despacho ordenó oficiar a dicho estrado judicial quien remitió copia de las actuaciones surtidas en la citada acción constitucional.

En consecuencia, frente a la temeridad propuesta por la encartada este Despacho considera:

Sobre la temeridad

Frente a ello es menester resaltar que la actuación temeraria se encuentra regulada por el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, que señala:

Actuación temeraria. Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes.

A partir de tal previsión normativa, la jurisprudencia constitucional ha considerado la procedencia de la temeridad en dos dimensiones: (i) cuando el accionante actúa de mala fe y (ii) cuando el demandante acude al recurso de amparo de manera desmedida, por los mismos hechos, sin esgrimir una justificación razonable que justifique dicho actuar. Ante tal circunstancia, *"la Corte concluyó que, para rechazar la acción de amparo por temeridad, la decisión se debe fundar en el actuar doloso del peticionario, toda vez que esa es la única restricción legítima al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, el cual se ejerce a través de la acción de tutela"*³.

³ Sentencia SU-168 de 2017.



Ahora, la temeridad en sentido estricto se configura cuando se presentan los siguientes elementos: **(i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones; y (iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda**, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista.

El último de los elementos antes descritos, tiene lugar cuando la actuación del actor denota el propósito desleal de satisfacer su interés subjetivo a como dé lugar, aspecto que "*deja al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción, o pretende a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de quien administra justicia.*"⁴

Por el contrario, la actuación no es temeraria, cuando si bien se comprueba la existencia de multiplicidad de peticiones de tutela, esta se funda en: *(i) la falta de conocimiento del demandante; (ii) el asesoramiento errado por parte de abogados; o (iii) el sometimiento del actor a un estado de indefensión, "propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho".* En tales casos, "*si bien la tutela debe ser declarada improcedente, la actuación no se considera 'temeraria' y, por ende, no conduce a la imposición de una sanción en contra del demandante*".⁵

Ahora bien, frente a ese punto conviene precisar que según quedó señalado en los fundamentos de esta Sentencia, para que una acción de tutela sea temeraria deben confluir cuatro elementos, que el Despacho estudiará a continuación:

1. Identidad de partes: El accionado en la presente causa es **Capital Salud EPS-S** En efecto, de la documental aportada en el plenario, la parte actora ya había interpuesto otra acción de tutela contra esa misma entidad, la cual a la fecha de esta decisión ya cuenta con una decisión por parte del Juzgado 19 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá bajo el radicado 2021-236.

2. Identidad de pretensiones: Conviene precisar que con la documental aportada se pudo conocer que en la acción primigenia que fue conocida por la jurisdicción penal, la accionante solicitó la autorización y practica de los procedimientos médicos "*consulta de control o de seguimiento por psicología, tiroxina libre, hormona estimulante del tiroides, consulta de control por especialista en endocrinología consulta de control o de seguimiento por especialista en hematología fototerapia intermitente, creatinina en suero y u otros fluidos, transaminasa glutámico oxalacética o aspartato amino transferasa, transaminasa glutamicapiruvica o alanino amino transfe-rasa, notrogeno ureico (bun), deshidrogenasa láctica, hemograma iv (hemoglobina hematocrito, recuento de eritrocitos, índices eritrocitarios, leucograma, recuento de plaquetas)*", que la atención médica fuera suministrada en el Instituto Nacional de Cancerología y el tratamiento integral.

Por otra parte, la presente acción, consiste en que la accionada autorice y programen los procedimientos a) "*biopsia de piel con sacabocado y sutura simple de papulas de papulosis linfomatoide*", b) "*estudio de biología molecular en espécimen de reconocimiento – evaluación de reordenamientos de inmunoglobulinas y TCR P*", c) "*Estudio de coloración inmunohistoquímica en biopsia*" y d) "*Estudio de coloración básica en biopsia papulosis linfomatoide*", además de que se realicen los procedimientos en el Instituto Nacional de Cancerología y el tratamiento integral.

⁴ Sentencia T-001 de 1997.

⁵ Sentencia SU-168 de 2017.



En ese sentido es claro que ambas peticiones resultan similares; no obstante, se puede observar que los procedimientos médicos requeridos en la acción de tutela presentada ante la jurisdicción penal son totalmente distintos a los solicitados en la presente acción constitucional, pese a que las pretensiones de obtener la atención exclusivamente en el Instituto Nacional de Cancerología y el tratamiento integral son completamente igual, con la misma justificación.

3. Identidad de hechos: En este punto el Despacho advierte que a pesar de que exista una identidad entre lo solicitado, no se cumple este presupuesto, ya que la acción primigenia se fundamentó en la necesidad de procedimientos distintos a los acá pretendidos.

4. Abuso del derecho a la administración de justicia: para el Despacho, no existe abuso del derecho, pues que según el material probatorio son dos acciones distintas las que se adelantaron con diferentes hechos y pretensiones exclusivamente en lo que se refiere a la autorización y practica de los procedimientos médicos requeridos.

Así las cosas y teniendo en cuenta lo expuesto, **no hay lugar a declarar probada la cosa juzgada** respecto de las pretensiones tendientes a obtener la autorización y programación de los procedimientos a) "*biopsia de piel con sacabocado y sutura simple de papulas de papulosis linfomatoide*"; b) "*estudio de biología molecular en espécimen de reconocimiento – evaluación de reordenamientos de inmunoglobulinas y TCR P*"; c) "*Estudio de coloración inmunohistoquímica en biopsia*" y d) "*Estudio de coloración básica en biopsia papulosis linfomatoide*".

No obstante, el Despacho **declarará probada la cosa juzgada**, frente a los pedimentos tendientes a la atención integral y exclusiva en el Instituto Nacional de Cancerología y en lo referente al tratamiento integral, como quiera que las causas de dichos pedimentos entre la primera acción de tutela y está no han cambiado y existe un pronunciamiento plenamente valido por otra autoridad judicial y que no fue materia de impugnación, por lo que en estos puntos al existir un pronunciamiento en firme, el Despacho no se puede pronunciar.

De los procedimientos solicitados

Determinado lo anterior, entra el Despacho a determinar si existe o no vulneración frente a la autorización y programación de los procedimientos "*biopsia de piel con sacabocado y sutura simple de papulas de papulosis linfomatoide*"; "*estudio de biología molecular en espécimen de reconocimiento – evaluación de reordenamientos de inmunoglobulinas y TCR P*"; "*Estudio de coloración inmunohistoquímica en biopsia*" y "*Estudio de coloración básica en biopsia papulosis linfomatoide*".

La encartada Capital Salud EPS-S adujo en su informe que autorizó y programó los procedimientos requeridos por la accionante, aportando como prueba la autorización de los servicios de "*control por otorrinolaringología*"; "*tiroxina T4 Libre*" y "*control por endocrinología*".

Bajo este panorama, al analizar el material probatorio allegado, se puede establecer que en efecto, fueron autorizados los procedimientos "*control por otorrinolaringología*"; "*tiroxina T4 Libre*" y "*control por endocrinología*"; no obstante, los mismos no son materia de controversia en la presente acción constitucional, pues los servicios requeridos por la accionante son distintos a los ya autorizados por la EPS encartada.



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
República de Colombia

Así las cosas, advierte el Despacho que los servicios médicos no han sido programados, lo que materializa una vulneración del derecho a la salud y en ese sentido, el Despacho, ordenará que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta decisión CAPITAL SALUD EPS-S autorice y programe una fecha para la realización de los procedimientos: i) "biopsia de piel con sacabocado y sutura simple de papulas de papulosis linfomatoide", ii) estudio de biología molecular en espécimen de reconocimiento – evaluación de reordenamientos de inmunoglobulinas y TCR P", iii) "Estudio de coloración inmunohistoquímica en biopsia" y iv) "Estudio de coloración básica en biopsia papulosis linfomatoide" los cuales no deben superar los 3 días hábiles posteriores a esta decisión.

Finalmente, se ordenará la desvinculación de la IPS Instituto Nacional de Cancerología, por falta de legitimación en la causa por pasiva.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental a la salud y a la vida digna de la señora Myriam Barragán Rodríguez identificada con c.c. 35.509.861 y, en consecuencia, **ORDENAR** a Capital Salud EPS-S para que a través de su representante y/o quien haga sus veces y dentro dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta decisión autorice y realice los trámites correspondientes para que programen los procedimientos i) "biopsia de piel con sacabocado y sutura simple de papulas de papulosis linfomatoide", ii) estudio de biología molecular en espécimen de reconocimiento – evaluación de reordenamientos de inmunoglobulinas y TCR P", iii) "Estudio de coloración inmunohistoquímica en biopsia" y iv) "Estudio de coloración básica en biopsia papulosis linfomatoide" los cuales no deben superar los 3 días hábiles posteriores a esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR la cosa juzgada, frente a las pretensiones tendientes a obtener la atención exclusiva en la IPS Instituto Nacional de Cancerología y la de tratamiento integral, conforme la parte motiva.

TERCERO: DESVINCULAR al Instituto Nacional de Cancerología por falta de legitimación en la causa por pasiva.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes por el medio más expedito y eficaz.

QUINTO: PUBLICAR esta providencia en la página de la Rama Judicial e informar a las partes sobre la forma de consultar la misma.

SEXTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada por la parte interesada dentro de los 3 días hábiles siguientes a su notificación y de acuerdo con lo dispuesto en la parte motiva de la decisión.

Notifíquese y Cúmplase,

La Juez,

LORENA ALEXANDRA BAYONA CORREDOR

Firmado Por:



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

Lorena Alexandra Bayona Corredor
Juez Municipal
Juzgado Pequeñas Causas
Laborales 3
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

c401fb8b9ccc85209eb9ab40d49b3550aefea4779976ba71274e9602b9dc28a2

Documento generado en 07/12/2021 11:49:26 AM

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