



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL TRANSITORIO DEL CIRCUITO DE
DUITAMA**

Duitama, veinticuatro (24) de enero de dos mil diecinueve (2019)

REF: ACCIÓN DE TUTELA
ACTOR: MARÍA ALEJANDRA MALPICA BARRERA
ACCIONADO: NUEVA EPS
RADICACIÓN: 152383333003 201800536 00

1. ASUNTO

Decide el despacho sobre la acción de tutela instaurada por la señora MARÍA ALEJANDRA MALPICA BARRERA, en contra de LA NUEVA EPS, por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la salud.

2. ANTECEDENTES

2.1. – Pretensiones

La señora MARÍA ALEJANDRA MALPICA BARRERA, interpuso tutela a nombre propio, en contra de LA NUEVA EPS a efectos de que se ampare su derecho fundamental a la salud; en consecuencia se ordene a la entidad accionada la autorización y valoración inmediata por psiquiatría; así mismo, se prevenga a la entidad demanda para que en adelante autorice y asuma todos y cada uno de los medicamentos, dispositivos médicos, tratamientos y en general cualquier prescripción.

2.2. – Hechos

Indica la accionante que debido a varios episodios depresivos y de agresividad, acudió a control médico ante la NUEVA EPS en donde se encuentra afiliada dentro del régimen contributivo.

Con base en lo anterior, señaló que a pesar de la remisión a psiquiatría efectuada el día 15 de septiembre de 2018 y de su comparecencia en repetidas ocasiones, la EPS solamente le indicó que con posterioridad se le llamaría. Esta circunstancia trajo como consecuencia que a la fecha no se ha asignado la cita y la orden de remisión se encuentra vencida.

3. TRAMITE PROCESAL.

La solicitud de amparo constitucional fue presentada el 19 de diciembre de 2018 ante la Oficina de reparto de la ciudad de Duitama (fl. 13), repartida a este Juzgado y pasada al Despacho ese mismo día (fl. 14).

Mediante auto proferido el 19 de diciembre de 2018 y atendiendo las reglas de competencia establecidas en los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991 y las reglas

de reparto contenidas en el artículo 1° del Decreto 1893 de 2017, se resolvió admitir la solicitud de tutela de la referencia y decretar algunas pruebas (fls. 15).

3.1. La contestación.

3.1.1. LA NUEVA E.P.S.

LA NUEVA E.P.S. S.A., dio contestación a la acción de tutela señalando que la demandante se encuentra afiliada a dicha institución dentro del régimen contributivo en calidad de beneficiario activo, categoría B.

Así mismo, señaló que no se ha vulnerado ningún derecho fundamental de la accionante pues la entidad se ha ceñido en todo momento a la normatividad aplicable en materia de seguridad social en salud.

Tal afirmación fue sustentada en que la NUEVA EPS no presta el servicio de salud directamente sino a través de IPS por lo que son éstas las encargadas de programar las citas, cirugías y demás procedimientos de conformidad con la disponibilidad de sus agendas.

3.2. Pruebas.

Obran como pruebas en el curso de la presente acción las siguientes:

- Copia de la historia clínica de la señora de la señora MARÍA ALEJANDRA MALPICA BARRERA. (fls. 6-9)
- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora MARÍA ALEJANDRA MALPICA BARRERA. (fl. 10)
- Remisión a psiquiatría de la señora MARÍA ALEJANDRA MALPICA BARRERA, de fecha 19 de diciembre de 2018, dentro de la cual se consignó:

“PACIENTE FEMENINO DE 25 AÑOS DE EDAD QUIEN ACUDE PARA VALORACIÓN DEL JOVEN FUE REMITIDA PSIQUIATRÍA POR CONDUCTA DISOCIATIVA. [...]” (fl. 11)

4. CONSIDERACIONES

4.1 Problema jurídico.

Corresponde al Despacho determinar si existe vulneración del derecho fundamental a la salud, del que es titular la señora MARÍA ALEJANDRA MALPICA BARRERA, con la presunta omisión por parte de la NUEVA EPS, en autorizar y remitir a la paciente a psiquiatría para valoración.

4.2 Naturaleza de la acción

La acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Carta Política y reglamentada por los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000, como mecanismo directo y expedito para la protección de derechos fundamentales constitucionales, permite a las personas reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los mismos, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, siempre que no se disponga de otro medio

de defensa judicial, salvo que se trate de impedir un daño irremediable, en cuyo evento procede como mecanismo transitorio.

Este tipo de derechos, que se diferencian de los demás por ser indispensables para el desarrollo de la personalidad¹, gozan de este mecanismo constitucional ágil, breve, preferente y sumario, puesto al alcance de todas las personas, para la protección real y efectiva cuando se consideran vulnerados, lesionados o amenazados por las autoridades públicas o por particulares en circunstancias específicas.

4.3 Del derecho a la salud.

La Corte Constitucional en sentencia T-760 de 2008, en relación con el derecho a la salud, como derecho fundamental autónomo manifestó:

*“La jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud ‘en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal’, para pasar a proteger el derecho ‘fundamental autónomo a la salud’ (...) Siguiendo esta línea jurisprudencial, entre otras consideraciones, la Corte Constitucional en pleno ha subrayado que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. [...] En términos del bloque de constitucionalidad, **el derecho a la salud comprende el derecho al nivel más alto de salud posible dentro de cada Estado**, el cual se alcanza de manera progresiva.”² (subrayado fuera de texto)*

Conforme a lo anterior, es claro que la prestación del servicio de salud debe ser eficiente, oportuna y con calidad; aspectos que deben tenerse en cuenta cuando el desconocimiento del mismo se da por la falta de realización de trámites administrativos que, desde una perspectiva racional y constitucional resultan excesivos, demorados o complejos.

Igualmente se ha señalado por el máximo Tribunal Constitucional que el derecho a la salud, independientemente de su naturaleza de derecho económico social y cultural, ostenta la condición de fundamental debido a que se relaciona de manera directa con la vida y la dignidad de las personas, lo que permite que se use la acción de tutela como mecanismo de protección; así se ha manifestado la H. Corte Constitucional³:

“ (...) De igual manera, la Corte ha reiterado que la tutela no solo procede para proteger el derecho a la vida reducida a su simple existencia biológica, sino que ésta debe entenderse dentro de una dimensión más amplia, que comprenda una vida digna^[33]. Lo anterior por cuanto se ha estimado que el derecho a la vida en sí mismo considerado, no es un concepto restrictivo que se limita a la idea reducida de peligro de muerte, sino que se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afectan la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna^[34].(.)”

Ahora bien, con la expedición y promulgación de la Ley Estatutaria de salud No. 1751 de fecha 16 de febrero de 2015 “Por medio del cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”, no queda duda alguna que el derecho a la salud es fundamental e irrenunciable y comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud, y que el Estado debe adoptar políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-538-1992. Magistrado Ponente. Dr. SIMÓN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

² Criterio reiterado en sentencia T-815 de 11 de octubre de 2010, Magistrado Ponente: Dr. NILSON PINILLA

³ Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-283/12. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

todas las personas; igualmente de conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.⁴

4.4 Efectividad del servicio de salud bajo la óptica de la seguridad social, también considerada como derecho fundamental

La seguridad social, además de ostentar el carácter de derecho fundamental⁵, también es un servicio público cuya prestación radica en cabeza del Estado, bajo los principios de eficiencia, integralidad y solidaridad, tal como lo establece el artículo 48 de la Constitución Política, como pasa a verse.

a) . Organización y objetivos del sistema de salud

De conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 1° de la Ley 100 de 1993, el Sistema de Seguridad Social Integral que comprende el servicio de salud, se encuentra orientado a garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad, con el fin de lograr una calidad de vida acorde con la dignidad humana. El sistema incluye las obligaciones del Estado y la sociedad, así como las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y los servicios complementarios.

Para permitir el acceso al servicio de salud a todas las personas, se estructuraron dos regímenes: el contributivo para quienes cuentan con capacidad de pago, y el subsidiado para quienes no tienen recursos.

El régimen contributivo se define como el conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo, financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador (artículo 202 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 30 de la Ley 1607 de 2012).

Ahora bien, en el marco del Sistema General, las Entidades Promotoras de Salud son las responsables de la afiliación y el registro de los afiliados, así como del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica es organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía (artículo 177 Ley 100 de 1993).

Para garantizar el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, las Entidades Promotoras de Salud deben prestar directamente los servicios, o contratarlos con las Instituciones Prestadoras y los profesionales debidamente habilitados para el efecto. Cada Entidad Promotora deberá ofrecer a sus afiliados varias alternativas de Instituciones Prestadoras de Salud, salvo cuando la restricción de oferta lo impida (artículo 179 Ley 100 de 1993).

Por su parte, las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud, como su nombre lo indica, son las encargadas de prestar los servicios de salud requeridos por los

⁴ Art 2 de la Ley estatutaria No 1751 de 16 de febrero de 2015

⁵ Sobre el carácter fundamental del derecho a la seguridad social en salud, puede consultarse entre otras providencias, la sentencia T-848 de 2013

afiliados a las empresas promotoras de salud, de acuerdo con el nivel de atención respectivo, bajo los principios de calidad y eficiencia (artículo 185 de la Ley 100 de 1993).

b) . Obligación de garantizar el tratamiento integral

En este punto, debe resaltarse que el Juez de tutela tiene el deber de garantizar la prestación del servicio de salud atendiendo al principio de integralidad contemplado especialmente en los artículos 153-3, 162 y 156- C de la Ley 100 de 1993, máxime en aquellos casos en los que el paciente es de aquellos que requieren especial protección.

En efecto, la Corte Constitucional se refirió frente al citado principio en sentencia T-091 de 2011, reiterando sus distintos pronunciamientos jurisprudenciales, así:

“El legislador consagró este principio en el numeral 3° del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 cuando señaló que: “El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”. De igual forma, el literal c) del artículo 156 del estatuto en comento expresa 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, que será denominada el plan obligatorio de salud.”

En este orden de ideas, “existen dos perspectivas desde las cuales la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de integralidad de la garantía del derecho [a] la salud. Una relativa a la integralidad del concepto mismo de salud, que llama la atención sobre las distintas dimensiones que tienen las necesidades de las personas en materia de salud, valga decir necesidades preventivas, educativas, informativas, fisiológicas, psicológicas, entre otras”.⁶

*La otra perspectiva, que interesa particularmente en el presente caso, “es la que da cuenta de la necesidad de proteger el derecho fundamental a la salud de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud sean garantizadas de manera efectiva. Esto es, que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación particular de un(a) paciente⁷. Por lo tanto, el derecho fundamental a la salud no solo incluye el reconocimiento de la prestación del servicio que se requiere (POS y no POS); sino también su **acceso oportuno, eficiente y de calidad**.*

La prestación del servicio en salud es oportuna cuando el paciente recibe la atención en el momento adecuado, a fin de que recupere su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. De forma similar, el servicio en salud es eficiente cuando los trámites administrativos a los que está sujeto son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no son una excusa para dilatar la protección del derecho a la salud.⁸ Así mismo, el servicio público de salud se reputa de calidad cuando las prestaciones en salud requeridas por el afiliado o beneficiario contribuyen, en la medida de las posibilidades, a mejorar la condición del enfermo⁹.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el principio de integralidad impone su prestación continua, la cual debe ser comprensiva de todos los servicios requeridos para recuperar la salud. La determinación y previsión de los servicios requeridos para la plena eficacia del derecho a la salud, como reiteradamente se ha señalado, no corresponde al usuario, sino al médico tratante adscrito a la E.P.S. (...)

Así, la integralidad en la prestación del servicio de salud está encaminada a “(i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología”¹⁰. Adicionalmente, la protección

⁶ Sentencia T 531 de 2009.

⁷ Sentencia. T 398 de 2008 y T 531 de 2009.

⁸ Sentencia T-760 de 2008.

⁹ Sentencia T 922 de 2009.

¹⁰ Sentencia T-103 de 2009.

del derecho fundamental a la salud, no se agota con la sola prestación del servicio, sino que, además, implica que el costo que éste demande deba ser asumido por la entidad encargada de proporcionar la atención médica cuando se encuentra en el POS o una vez prestado el servicio presentara repetición contra el FOSYGA cuando la atención se excluya de los planes obligatorios de salud. Ello de conformidad con el principio de integralidad que rige el Sistema de Seguridad Social en Salud¹¹ (Negrilla y subrayado fuera de texto)

De esta manera, puede decirse que el derecho a la salud no solo implica el suministro de medicamentos y procedimientos médicos, sino que también implica su prestación oportuna, eficiente, continua y de calidad.

Además, dada la condición de especial protección que ostentan algunos sujetos, como ocurre con las personas de la tercera edad, el juez de tutela debe propender por garantizar la atención integral en salud, para evitar la interposición de nuevas acciones de tutela para el tratamiento de una misma patología.

Por consiguiente, en la sentencia deben ordenarse todos los cuidados requeridos por el paciente; incluyendo el suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones, siempre estableciendo parámetros que permitan delimitar la prestación, como es el caso de los suministros requeridos para una determinada patología.

c) . Facultad de recobro

Finalmente, ha de recordarse que sin necesidad de sentencia judicial que así lo disponga, en aquellos eventos que las entidades promotoras de salud se vean obligadas a suministrar servicios excluidos del POS, están facultadas para efectuar el respectivo recobro ante el FOSYGA cuando se trata del Régimen Contributivo, o ante las entidades territoriales en los eventos relacionados con el Régimen Subsidiado¹². Con tal propósito deben tenerse en cuenta los parámetros

¹¹ Sentencia T-919 de 2009.

¹² En Sentencia T-727/11 la Corte sostuvo textualmente lo siguiente: "...La Ley 1122 de 2007 y las Resoluciones 2933 de 2006 y 3099 de 2008, definen las condiciones para que se cumpla satisfactoriamente el recobro de los costos adicionales en que puedan incurrir las EPS en la prestación de servicios excluidos del POS, determinando el procedimiento que debe seguirse y los montos que se reconocen y pagan por concepto de los servicios suministrados. Al respecto, el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 le asignó a las E.P.S. la obligación de llevar a consideración del CTC las solicitudes relativas a medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del Régimen Contributivo para que estos sean cubiertos por el FOSYGA. El mismo artículo, en el segundo apartado, estableció una sanción para las E.P.S. consistente en asumir el 50% del costo de los servicios excluidos del Pos cuando la prestación de los mismos sea ordenada mediante fallos de tutela, siempre que se compruebe que la E.P.S. omitió el trámite respectivo ante el CTC.

La norma citada fue sometida al control de constitucionalidad y, en Sentencia C-463 de 2008²⁴¹ se declaró su exequibilidad condicionada, de manera que se entienda que el reembolso a que son obligadas las E.P.S. como consecuencia de un fallo de tutela, también se aplica respecto de todos los medicamento y servicios médicos ordenados por el médico tratante no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes de seguridad social en salud vigentes.

De tal manera que, de conformidad con la mencionada norma, tanto el régimen contributivo como el subsidiado pueden presentar solicitudes de atención en salud ante las E.P.S. respecto de cualquier servicio excluidos del POS (medicamentos, intervenciones, cirugías o tratamientos), y en caso de que la E.P.S. no las someta al CTC para que determine su viabilidad y de ser ordenado dicho servicio por vía de tutela, la sanción que imponía la citada disposición era la de que los costos de dicha prestación debía ser cubiertos por partes iguales: entre las EPS y el FOSYGA, tratándose del Régimen Contributivo, y entre la E.P.S.-S y las Entidades Territoriales, tratándose del Régimen Subsidiado.

Es de precisar que el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 fue derogado, el 19 de enero de la presente anualidad, al entrar en vigencia la Ley 1438 de 2011 y, en consecuencia, determinó que el recobro al FOSYGA por prestación de servicios médicos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, actualmente, opera en un 100% y no por partes iguales entre la E.P.S o E.P.S.-S y el Fondo de Solidaridad Social FOSYGA y las entidades territoriales respectivamente, cuando omitan someter a estudios del CTC los requerimientos excluidos del POS, pues la norma citada impuso en término perentorio de dos (2) días calendarios a la E.P.S o E.P.S.-S para que el CTC estudie las solicitudes de medicamentos, tratamientos o procedimientos que se encuentran excluidos del POS, lo que desencadenó en la derogatoria de la carga impuesta por la anterior normatividad. A la luz de los anteriores criterios se analizará el caso concreto objeto de revisión.

... (...) en relación con la orden del recobro al FOSYGA sostiene la Sala, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente fallo, que la entidad demandada, Salud Total E.P.S., tiene la posibilidad de repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, si hubiere lugar, por el valor de los gastos en los que incurra por el suministro de servicios médicos excluidos del POS, en los términos de la ley 1438 de 2011, es decir por el 100% de los costos de los servicios excluido del POS.

establecidos en la Resolución 3595 del 24 de diciembre de 2013, en el caso del régimen contributivo y la Resolución 1479 de 6 de mayo de 2015, en los eventos relacionados con el régimen subsidiado.

5 CASO CONCRETO

En el sub examine, la señora MARÍA ALEJANDRA MALPICA BARRERA, acudió en ejercicio de la presente acción constitucional, buscando la protección de su derecho fundamental a la salud, que en su sentir fue vulnerado por la accionada al abstenerse de autorizar y gestionar la realización del procedimiento médico “valoración por psiquiatría”.

La entidad accionada aduce que brinda los servicios de salud que se encuentran dentro del POS del régimen subsidiado de manera integral, señalando que la población afiliada se encuentra inscrita en la IPS primaria del domicilio del afiliado, por lo que cada IPS dispone de su propio punto de autorización; por lo tanto, no presta los servicios de salud de manera directa, sino a través de sus IPS contratadas, las cuales programan las citas, cirugías y demás procedimientos de acuerdo con sus agendas.

Así las cosas, para analizar el caso concreto, el Despacho abordará el tema relacionado con el procedimiento denominado “valoración por psiquiatría”, requerida por la accionante, señora MARÍA ALEJANDRA MALPICA BARRERA.

Revisada la Resolución No. 5269 de 2017, “(...) Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitalización (UPC) (...)”, así como los documentos anexos que hacen parte de la misma, y atendiendo a la formulación efectuada por la médico de la IPS GALENICA IPS SAS de fecha 19 de diciembre de 2018, que reposa en el expediente a folio 11, en la cual se indica que la accionante requiere de valoración por psiquiatría, especialidad No. 280 PSIQUIATRÍA se evidencia que en el anexo 02 de dicha resolución, referente al “Listado de Procedimientos del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC”, que el citado procedimiento se encuentra allí incluidos bajo el siguiente código:

Anexo 2 Listado de Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud	
CÓDIGO	DESCRIPCIÓN
94.1.1.	DETERMINACIÓN DEL ESTADO MENTAL PSIQUIÁTRICO
94.1.3.	OTRAS ENTREVISTAS Y EVALUACIONES PSIQUIÁTRICAS

Así las cosas resulta evidente que el procedimiento solicitado por la accionante, se encuentra dentro de los tratamientos cobijados dentro del llamado Plan Obligatorio de Salud, que debe ser cubierto por la EPS a la cual se encuentra afiliada la

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta lo expresado por esta Corporación en la Sentencia T-760 de 2008, no le es dable al FOSYGA negar el recobro que las EPS presenten, en los eventos en que éstas tengan que asumir procedimientos, tratamientos, medicamentos que no se encuentran dentro del POS, por el simple hecho de no estar reconocido de manera expresa en la parte resolutive del correspondiente fallo de tutela, es decir, basta, para que proceda dicho recobro, con que se constate que la EPS no se encuentra en la obligación legal ni reglamentaria de asumir su costo o valor, de acuerdo con lo que el plan de beneficios de que se trate establezca para el efecto^{39j}. (Resaltas fuera de texto).

Así las cosas, la Sala se abstendrá de autorizar de manera expresa, a Salud Total E.P.S., para que recobre ante el FOSYGA el valor de los procedimientos, tratamientos, medicamentos que no se encuentran dentro del POS que requiera el paciente y, para el efecto, será suficiente que se establezca que no está obligada ni legal ni reglamentariamente a asumirlos”.

paciente, que para el presente caso no es otra que la entidad accionada NUEVA EPS.

Precisado lo anterior y como lo ha reiterado la Corte Constitucional, *“toda persona tiene derecho a que la entidad encargada de garantizarle la prestación de los servicios de salud, EPS, autorice el acceso a los servicios que requiere y aquellos que requiere con necesidad, incluso si no se encuentran en el plan obligatorio de salud; obstaculizar el acceso en tales casos implica irrespetar el derecho a la salud de la persona.”*¹³

En consecuencia, cuando una persona vinculada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, solicita un tratamiento, tecnología en salud o medicamento incluido en el Plan Obligatorio de Salud, la E.P.S. no podrá negarse a brindar el servicio, so pena de incurrir en violación del derecho fundamental de la salud del afiliado.

En efecto en un caso en el que negó el suministro de un dispositivo incluido en el POS dijo la Corte:

*“Ahora bien, como ya lo ha señalado específicamente la Corte Constitucional, los audífonos sí son un servicio incluido en el plan de beneficios (POS), de acuerdo con el concepto de las entidades encargadas de regular y controlar la aplicación de estas reglas, por lo que dejar de suministrarlos a una persona que los requiere, es una violación a su derecho a la salud.”*¹⁴

En el mismo sentido en Sentencia T-028/07¹⁵, la Corte explicó:

“Como ha sido señalado por esta Corporación, cuando una persona afiliada a cualquiera de los regímenes de salud previstos por la Ley 100 de 1993 reclama mediante el ejercicio de la acción de tutela la protección de su derecho a la salud y, en consecuencia, que se ordene a la respectiva EPS o ARP la práctica de procedimientos o tratamientos médicos, o el suministro de medicamentos incluidos dentro del respectivo Plan Obligatorio de Salud, no existe discusión sobre el carácter fundamental de su derecho ni es necesario que acredite que se encuentra en riesgo su vida.”

Se recalca entonces que la Ley 100 de 1993, que regula el Sistema de Seguridad Social en Salud, estableció el Plan Obligatorio de Salud para los afiliados al régimen contributivo – POS-C y al régimen subsidiado – POS-S-; que incluyen los medicamentos y procedimientos por él amparados, es decir, que si el servicio requerido por el usuario se encuentra incluido en el POS, el paciente tiene el derecho al mismo y por lo tanto la EPS no puede negarse a su prestación.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, en la sentencia T-760 de 2008, manifestó que negar un medicamento o procedimiento POS, implica la vulneración del derecho fundamental a la salud.

Sin embargo, para que proceda la acción de tutela en tales hipótesis, la Corte¹⁶ definió la necesidad de demostrar *i)* que el procedimiento o medicamento cuya práctica o suministro reclama ha sido formulado por su médico tratante y *ii)* que la E.P.S. se haya negado su práctica o suministro.

¹³ sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

¹⁴ T-102 de 2007 M.P. Dr. NILSON PINILLA

¹⁵ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

¹⁶ T-028 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Así las cosas, en referencia al primer aspecto de los señalados por la Corte Constitucional, analizado el expediente se observa con claridad que el procedimiento denominado “valoración por psiquiatría” que reclama la actora fue ordenado por un médico tratante desde 19 de diciembre de 2019 (fl.11) aspecto este que no fue desvirtuado por la demandada.

Vale recordar en este punto que la Corte Constitucional ha manifestado que “(...) *los trámites de verificación y autorización de servicios no podrán ser trasladados al usuario y serán de carga exclusiva de la institución prestadora de servicios y de la entidad de aseguramiento correspondiente.*”¹⁷ En especial, se ha considerado que se irrespeta el derecho a la salud de los pacientes cuando se les niega el acceso a un servicio por no haber realizado un trámite interno que corresponde a la propia entidad, como por ejemplo, ‘la solicitud de la autorización de un servicio de salud incluido dentro del POS’¹⁸, de ahí que como se manifestó en los numerales 4.3 y 4.4 de esta providencia, la obligación de garantizar el acceso efectivo de los afiliados a los servicios de salud en forma oportuna y en condiciones de calidad, radica en cabeza de la demanda.

De manera, que al evidenciarse que el procedimiento denominado “*valoración por psiquiatría*”, está incluido en el POS como se refirió en precedente y una vez que fue prescrito por su médico tratante la entidad demandada, no podía negarse a su autorización, pues con esta omisión afecta un derecho que, como ha sido precisado, tiene en estos casos el carácter de derecho fundamental.

Frente al argumento de la NUEVA EPS de que se le autorizara el recobro a la ante el FOSYGA, vale tener en cuenta que al estar el procedimiento requerido por la accionante dentro del Plan Obligatorio de Salud, dicha facultad de recobro no operaría en el presente caso, a menos que dentro de los procedimientos, tratamientos y medicamentos solicitados posteriormente en virtud de la patología padecida por la accionante se encuentre que alguno no esté cobijado por el Plan Obligatorio de Salud, caso en el cual operaría la facultad de recobro atribuible a la NUEVA EPS.

En armonía con lo expuesto, *se puede establecer que en el asunto puesto a consideración del Juzgado, se vulneran los derechos fundamentales, a la salud, la vida digna y la seguridad social, invocados por la señora MARÍA ALEJANDRA MALPICA BARRERA por parte de la NUEVA EPS, motivo por el cual a la accionada le asiste la obligación de efectuar todos los tramites pertinente y efectivos para la realización de los procedimientos y valoraciones efectuados por el médico tratante, para restablecer su salud en cuanto a los problemas psiquiátricos que padece.*

En consecuencia se ordenará al Representante Legal de LA NUEVA E.P.S-S que, de no haberlo hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, autorice y ordene a través de su red de servicios realizar a la accionante el procedimiento denominado: “*Valoración por psiquiatría*”. De igual manera deberá garantizar la entrega de los demás suministros, medicamentos, terapias, y demás tratamientos que hayan sido prescritos medicamento para afrontar los problemas de salud que presente la señora MARÍA ALEJANDRA MALPICA BARRERA.

¹⁷ Cfr. Decreto 1703 de 2002, artículo 40.

¹⁸ En este mismo se ha pronunciado la Corte Constitucional en otras ocasiones, entre ellas en la sentencia T-1016 de 2006 (MP Álvaro Tafur Galvis).

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

RESUELVE:

PRIMERO.- TUTELAR el derecho fundamental a la salud de la señora MARÍA ALEJANDRA MALPICA BARRERA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Gerente Zonal de Boyacá de la NUEVA E.P.S-S, MARIAM LILIANA CARRILLO PEÑA, y/o quien haga sus veces que, de no haberlo hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, autorice y ordene a través de su red de servicios que tengan contratada para el efecto el procedimiento denominado: VALORACIÓN POR PSIQUIATRÍA, a la señora MARÍA ALEJANDRA MALPICA BARRERA, identificada con C.C. No. 1.052.399.261.

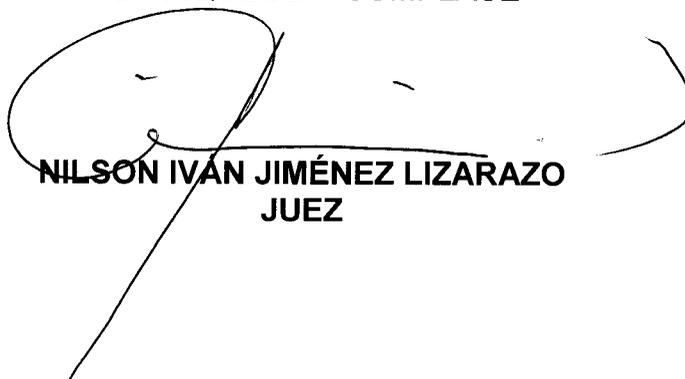
De igual manera deberá garantizar la entrega de los demás elementos, suministros, medicamentos, tratamientos y procedimientos que hayan sido prescritos por la médica tratante a la señora MARÍA ALEJANDRA MALPICA BARRERA para afrontar los problemas de salud que la aquejan (problemas psiquiátricos), aunque los mismos no se encuentren incluidos en el POS.

TERCERO.- ADVERTIR a LA NUEVA E.P.S. S.A., para en lo sucesivo no vuelva a incurrir en las conductas que dieron origen a la acción de tutela de la referencia.

CUARTO.- Notificar esta decisión a los interesados, en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO.- En caso de no ser impugnada oportunamente esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en los términos del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NILSON IVÁN JIMÉNEZ LIZARAZO
JUEZ