



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019)

REF.: ACCIÓN DE TUTELA –IMPUGNACIÓN DE SENTENCIA

ACCIONANTE: LISETH TRINIDAD ARAÚJO

ACCIONADA: NUEVA E.P.S.

RADICACIÓN: 20-001-33-33-007-2019-00141-01

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA

I. ASUNTO

Resuelve la Sala la impugnación interpuesta por la entidad accionada NUEVA E.P.S., contra la sentencia proferida el 4 de junio de 2019, por el Juzgado Séptimo Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Valledupar, por medio de la cual se tutelaron los derechos fundamentales invocados por la accionante.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

1. Acción de tutela.

La accionante manifiesta que se encuentra afiliada a la NUEVA E.P.S. en calidad de beneficiaria de su esposo dentro del régimen subsidiado de salud.

Aduce, que desde el año 2009 viene presentando quebrantos de salud, asociado con vértigo, y desde entonces ha venido haciéndose exámenes médicos, en donde no se le ha determinado específicamente la patología que padece.

Afirma, que la otorrinolaringóloga la remitió para neurología para descartar los diagnósticos asociados con su enfermedad, dado que la otorrino cree, que posiblemente puede tener vértigo central.

El día 12 de diciembre de 2018, asistió a la cita programada por neurología, informándole que tenía un supuesto vértigo periférico, pero antes de confirmarlo, la neuróloga CECILIA ISABEL MORENO DE LA OSSA, le prescribió un examen denominado ELECTRONISTAGMOGRAFÍA, a través de este examen se conocería la patología que actualmente la estaba aquejando.

Argumenta, que luego de la prescripción de la médico tratante, se dirigió a las instalaciones de la NUEVA E.P.S., para que se le autorizara el referido examen, en efecto lo autorizaron, pero para hacerse dicho examen en la ciudad de Barranquilla, en la IPS YEPES RESTREPO & CIA. S EN CS.

Afirma, que al colocarse en contacto vía telefónica con la IPS, le informan que no podían realizar el examen aludido, porque actualmente la NUEVA E.P.S., no tiene convenio o contrato vigente.

Dice la accionante, que se acercó nuevamente a las instalaciones de la NUEVA E.P.S., solicitando que se le explicara el por qué de mandarla para una IPS, en la cual no tienen convenio. Ante esto, la EPS respondió que ya habían firmado, nuevamente, el convenio con la IPS YEPES RESTREPO & CIA EN CS., por lo que le sugirieron que volviera a colocarse en contacto con la misma para que se gestionara el trámite del examen. Sin embargo, la respuesta fue la misma, y recurrió una vez más a la oficina de la NUEVA E.P.S, para que diera solución al impase antes descrito.

Sostiene, que del ir y venir, ha transcurrido aproximadamente un mes sin que se le haya solucionado lo de la práctica de su examen, mismo que es imprescindible, ya que este concretaría el diagnóstico médico de su enfermedad y adicionalmente, la otorrinolaringóloga JOHANNA MOLINA, le prescribió diez (10) sesiones de TERAPIA VESTIBULAR, empero, ésta tampoco la ha autorizado la NUEVA E.P.S.

Considera que ante la negativa de la NUEVA E.P.S., se le han vulnerado los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social en conexidad con el derecho fundamental a la vida y a la solidaridad, ya que con la práctica del examen ELECTRONISTAGMOGRAFÍA, según el resultado obtenido, le mandarían un tratamiento adecuado para mejorar su calidad de vida.

Solicita que se le conceda el amparo de tutela de los derechos fundamentales como lo es a la salud, seguridad social, en conexidad con el derecho fundamental a la vida y a la solidaridad.

Así mismo, solicita la parte actora que se le ordene al Director de la NUEVA E.P.S., que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo proceda a autorizar el examen denominado ELECTRONISTAGMOGRAFÍA y las diez (10)

sesiones de TERAPIAS VESTIBULAR prescritas por el médico tratante y las que se llegaren a autorizar.

También solicita, que si no fuere posible con la IPS YEPES RESTREPO & CIA EN CS, con quien se dio la orden de servicio, ordenar al Director de la NUEVA E.P.S., suscribir contrato o convenio interadministrativo correspondiente, con la entidad que ellos elijan sin que haya solución de continuidad, para que así se le pueda garantizar el derecho a la Salud.

Concluye solicitando que, si llegaren a efectuar convenios o contratos interadministrativos con una red externa ubicada fuera del municipio donde reside la accionante, se le ordene al Director de la NUEVA E.P.S., que proceda a cubrir los gastos de transporte, hospedaje y alimentación con un acompañante, toda vez que aquella la remita a un domicilio distinto al que tiene contratado los servicios de atención a la salud y que hayan sido autorizados por la misma E.P.S.

2. Providencia impugnada.

El Juzgado Séptimo Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Valledupar mediante sentencia del 4 de junio de 2019, tuteló los derechos fundamentales a la salud y a la Seguridad Social, de la señora Liseth Trinidad Araújo

En consecuencia, ordenó a la NUEVA EPS que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la providencia, si aún no lo hubiere hecho, autorice el examen médico denominado ELECTRONISTAGMOGRAFÍA y las diez (10) sesiones de terapia vestibular, ordenadas a la mencionada señora.

También ordenó a la NUEVA E.P.S., que continúe suministrando los medicamentos, procedimientos y/o tratamientos médicos solicitados por la parte accionante de conformidad con las prescripciones médicas y hasta lo tanto lo requiera por su estado crítico de salud.

Así mismo, se ordenó que NUEVA E.P.S., preste de manera oportuna y sin condiciones, el servicio de salud a la señora Liseth Trinidad Araújo y le preste, acompañamiento en las solicitudes y trámites administrativos que deba realizar ante la Secretaría de Salud Departamental, con ocasión a su estado de salud.

3. La impugnación.

La Nueva EPS impugna el fallo manifestando que al evaluar la procedencia de conceder tratamiento integral que implique hechos futuros e inciertos respecto de las conductas a seguir con el paciente, es conveniente mencionar lo previsto en el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, el cual señala que la protección de los derechos fundamentales se basa en una vulneración o amenaza que provenga de autoridad pública o de los particulares.

Indica que no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir, órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares, porque determinarlo de esta manera es presumir la mala actuación de la institución por adelantado, no se puede presumir que en el momento en que requiera servicios no le serán autorizados.

Solicita que se revoque el fallo de tutela, y que en caso de ser concedida la presente acción, y en consecuencia se ordene a NUEVA E.P.S., cubrir el costo de la prestación solicitada, que se le reconozca a NUEVA E.P.S., el derecho de repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía-FOSYGA, hoy día ADRES, por el 100% de la totalidad de los valores que deba suministrar NUEVA E.P.S. al usuario.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Por disposición del artículo 86 de la Constitución Política, artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Corporación tiene competencia para conocer en segunda instancia de la impugnación interpuesta contra los fallos de tutela proferidos por los jueces administrativos de esta sección del País.

El artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, consagra en el inciso segundo: *“El Juez que conozca de la impugnación, estudiará el contenido de la misma cotejándola con el acervo probatorio y con el fallo (...) si a su juicio el fallo carece de fundamento procederá a revocarlo de inmediato. Si se encuentra el fallo ajustado a derecho lo confirmará...”*.

La Constitución Política, crea la acción de tutela como un mecanismo especial que tiene toda persona para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas y de las demás personas particulares en los casos que determine la ley.

El problema jurídico a resolver en esta segunda instancia, consiste en establecer si se revoca o no el fallo de primera instancia, para lo cual se debe establecer si la entidad promotora de salud NUEVA E.P.S., atendiendo a las circunstancias particulares de la accionante, debe garantizarle la atención integral que éste requiere para el manejo de las patologías que presenta.

1. La salud como derecho fundamental.

En relación con el derecho a la salud, lo primero que se debe señalar es que el artículo 49 de la Constitución Política consagra este derecho como una garantía a favor de todos los ciudadanos colombianos y a cargo del Estado. De acuerdo con esa norma, al Estado le corresponde:

- Garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación.
- Organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud, conforme con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, así como establecer políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas y ejercer las actividades de vigilancia.
- Procurar que la atención básica de los habitantes sea gratuita y obligatoria.

Con la sentencia T – 760 de 2008, proferida por la Corte Constitucional, el derecho a la salud fue reconocido por la jurisprudencia como un derecho fundamental autónomo, sin quedar despojado del carácter de servicio público esencial, ni de derecho prestacional, condiciones que ya la Constitución le había conferido.

En consecuencia, cuando proceda el amparo del aludido derecho, éste no debe hacerse en conexión con la vida o con la integridad personal, sino que debe tutelarse como derecho fundamental autónomo.

A partir de la sentencia T-760 de 2008, se ha desarrollado la interpretación y aplicación de la Ley 100 de 1993 y demás decretos reglamentarios. Así, de conformidad con el artículo 157 de la Ley 100, los asociados pueden integrar el Sistema General de Seguridad Social en Salud bajo dos modalidades: los afiliados que, de acuerdo con la capacidad de pago, hacen parte del régimen contributivo o el subsidiado, y los vinculados que, según la misma norma, *“son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado.”*

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado¹ que el ordenamiento jurídico colombiano ha prescrito que el derecho a la salud debe garantizarse conforme con el principio de atención integral. En efecto, en la sentencia T-760 de 2008 se estableció lo siguiente:

“(…) De acuerdo con el orden constitucional vigente, como se indicó, toda persona tiene derecho a que exista un Sistema que le permita acceder a los servicios de salud que requiera. Esto sin importar si los mismos se encuentran o no en un plan de salud, o de si la entidad responsable tiene o no los mecanismos para prestar ella misma el servicio requerido. Por lo tanto, si una persona requiere un servicio de salud, y el Sistema no cuenta con un medio para lograr dar trámite a esta solicitud, por cualquiera de las razones dichas, la falla en la regulación se constituye en un obstáculo al acceso, y en tal medida, desprotege el derecho a la salud de quien requiere el servicio.

Así, desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios que requiera ‘con necesidad’ (que no puede proveerse por sí mismo). En otras palabras, en un estado social de derecho, se le brinda protección constitucional a una persona cuando su salud se encuentra afectada de forma tal que compromete gravemente sus derechos a la vida, a la dignidad o a la integridad personal, y carece de la capacidad económica para acceder por sí misma al servicio de salud que requiere.

Existe pues, una división entre los servicios de salud que se requieren y estén por fuera del plan de servicios: medicamentos no incluidos, por una parte, y todos los demás, procedimientos, actividades e intervenciones, por otra parte. En el primer caso, existe un procedimiento para acceder al servicio (solicitud del médico tratante al Comité Técnico Científico), en tanto que en el segundo caso no; el único camino hasta antes de la presente sentencia ha sido la acción de tutela.

En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está

¹ Por ejemplo en la sentencia T-574 de 2010.

incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS. (...)”.

Por su parte, el numeral 3° del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 enuncia este principio de la siguiente manera:

“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”.

El literal c) del artículo 156 de la misma ley dispone 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.”

Así mismo, en la sentencia T-576 de 2008, la Corte Constitucional dijo que el principio de integralidad o integridad, en materia de salud, debe entenderse como *“todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la (sic) paciente².”* (Subraya la Sala).

La Corte Constitucional destacó:

“17.- El principio de integralidad es así uno de los criterios aplicados por la Corte Constitucional para decidir sobre asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad con él, las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud - SGSSS - deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento³.”

² Consultar Sentencia T-518 de 2006.

³ Esta posición jurisprudencial ha sido reiterada en diferentes fallos, dentro de los cuales pueden señalarse a manera de ejemplo los siguientes: T-830 de 2006, T-136 de 2004, T-319 de 2003, T-133 de 2001, T-122 de 2001 y T-079 de 2000.

(...)

A propósito de lo expresado, se distinguen dos perspectivas desde las cuales la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de integridad 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 proyectan las necesidades de las personas en materia de salud, valga decir, requerimientos de orden preventivo, educativo, informativo, fisiológico, psicológico, emocional, social, para nombrar sólo algunos aspectos.⁴ La otra perspectiva, se encamina a destacar la necesidad de proteger el derecho constitucional a la salud de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas de modo efectivo. Esto es, el compendio de prestaciones orientadas a asegurar que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación de enfermedad particular de un(a) paciente.”

Entonces, la atención médica que deben prestar las EPS debe ser, en todos los casos, integral y completa, incluso en los eventos en los que el médico tratante no haga una prescripción específica o no sugiera que se lleve a cabo un determinado tratamiento cuando este parece vital⁵.

2. Caso Concreto.

En el presente caso, la señora Liseth Trinidad Araújo, solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la salud, seguridad social en conexidad con el derecho fundamental a la vida y a la solidaridad, los cuales considera vulnerados por la NUEVA EPS, al no autorizar el examen denominado “ELECTRONISTAGMOGRAFÍA Y DIEZ (10) SESIONES DE TERAPIAS VESTIBULAR”, prescritos por su médico tratante, toda vez es necesario conocer los resultados de dicho examen con el fin de establecer la patología que presenta.

Solicita se ordene a la NUEVA E.P.S., que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo proceda a autorizar dicho examen junto con las terapias, así mismo se le ordene asumir la totalidad del costo incluyendo demás exámenes, medicamentos, hospitalización, cirugías, procedimientos, tratamientos asistenciales, que ordene el médico tratante.

⁴ Sobre el particular, se puede consultar las sentencias T-307 de 2007, T-016 de 2007 y T-926 de 1999, entre otras.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Magistrado ponente: Dr. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS, Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013), REF.: EXPEDIENTE No. 25000-23-42-000-2012-01661-01, ACCIÓN: TUTELA, ACTOR: ISABEL GÓMEZ RODRÍGUEZ Y OTRO, DEMANDADO: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. – NUEVA E.P.S.

La parte accionada, NUEVA E.P.S., respondió manifestando que actualmente el servicio se encontraba en trámite de autorización, sin embargo no aportaron prueba de ello y solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda.

El *A-quo* tuteló los derechos fundamentales a la salud, la seguridad social, a la vida de la señora Liseth Trinidad Araújo, ordenando a la NUEVA EPS que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la providencia, si aún no lo hubiere hecho, autorice el examen denominado "ELECTRONISTAGMOGRAFÍA Y DIEZ (10) SESIONES DE TERAPIAS VESTIBULAR ordenado por el médico tratante. Así mismo, que continúe suministrando los medicamentos, procedimientos y/o tratamiento médicos solicitados por la parte accionante de conformidad con las prescripciones médicas y hasta tanto lo requiera por su estado crítico de salud.

Y también ordenó a NUEVA E.P.S., preste de manera oportuna y sin dilaciones el servicio a la salud a la señora Liseth Trinidad Araújo, y le preste acompañamiento en las solicitudes y trámites administrativos que deba realizar ante la Secretaría de Salud Departamental, con ocasión a su estado de salud.

Por su parte, la NUEVA E.P.S., en su escrito de impugnación manifiesta que al evaluar la procedencia de conceder tratamiento integral que implique hechos futuros e inciertos respecto de las conductas a seguir con el paciente, es conveniente mencionar lo previsto en el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, que señala que la protección de los derechos fundamentales se basa en una vulneración o amenaza que provenga de autoridad pública o de los particulares.

De todo lo anterior, podemos precisar que la obligación de la NUEVA EPS en este caso no solo consiste en autorizar el examen prescrito por el médico al accionante, sino que se extiende hasta que se materialice el mismo, de lo cual no hay evidencias en el expediente, vulnerando con esta omisión los derechos invocados por la actora en la acción de tutela.

Por lo tanto, esta Sala considera que la entidad accionada está incumpliendo sus deberes legales y constitucionales, evidenciando la vulneración de los derechos fundamentales a la salud y seguridad social de la accionante, a quien se pone en riesgo su salud.

Respecto del argumento de la impugnante de que no ha debido ordenarse un tratamiento integral por tratarse de eventos que aún no se han presentado, debe señalar la Sala que tal y como lo consagra la jurisprudencia citada, cuando se trata de la protección del derecho a la salud, la orden debe ir orientada a que se preste una atención médica que en todos los casos, debe ser integral y completa.

No obstante, en relación con los servicios y medicamentos NO POS, que puede llegar a necesitar la accionante para el tratamiento y mejoramiento de las patologías que padece, es de recordar que de acuerdo con lo establecido en la reiterada jurisprudencia constitucional, para que por vía de acción de tutela se ordene el suministro de elementos NO POS, es necesario que se encuentren acreditadas las siguientes condiciones:

1. La falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; 2. El servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; 3. El interesado no puede directamente costearlo, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y 4. El servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.

En este orden de ideas, la Sala encuentra, que es posible que el médico tratante ordene la realización de algún examen o el suministro de medicamentos que no se encuentren incluidos en POS, y será obligación de la NUEVA E.P.S., proceder con su autorización y efectiva entrega.

En relación con el recobro de los servicios y medicamentos NO POS, se precisa que es un derecho que la NUEVA E.P.S., adquiere una vez preste el servicio u otorgue el medicamento no incluido en el POS a la accionante, el cual tiene origen y fundamento en la Ley 1122 del 2007 y no en la sentencia, pues no es el objeto de la tutela ordenar el pago de sumas de dinero, siendo las E.P.S., las que deberán adelantar los trámites administrativos para efectos del referido recobro según sea el caso⁶.

⁶ Corte Constitucional, sentencia T- 269 de 2011, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

Por todo, al estar demostrada la vulneración alegada por la accionante, la Sala comparte los argumentos esgrimidos por el *A-quo* para conceder el amparo tutelar, razón por la cual se confirmará la sentencia impugnada.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela impugnado, proferido el 4 de junio de 2019, por el Juzgado Séptimo Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Valledupar, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese a las partes o intervinientes por el medio más expedito y eficaz, personalmente, vía fax o por telegrama, y envíese copia de esta decisión al Juzgado de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No. 068.


DORIS PINZÓN AMADO
Magistrada


JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
Magistrado


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
Magistrado