



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, veintitrés (23) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA (Segunda Instancia – Oralidad)
DEMANDANTE: JORGE ELIÉCER ZÚÑIGA LÓPEZ
DEMANDADO: NUEVA EPS
RADICADO No: 20-001-33-33-005-2019-00225-01

MAGISTRADA PONENTE: DORIS PINZÓN AMADO

I.- ASUNTO. -

Resuelve la Sala la impugnación propuesta por la parte accionada NUEVA EPS, en contra del fallo proferido el día 26 de julio de 2019 por el JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR que accedió a la protección de los derechos invocados.

II.- ANTECEDENTES. -

Sirven de fundamentos fácticos a la acción de tutela dentro de la cual se profirió el fallo cuya impugnación se resuelve en este proveído, los siguientes:

2.1 . - HECHOS.

Manifestó el accionante, que se encuentra afiliado a la NUEVA E.P.S en el régimen subsidiado desde febrero de 2018, hasta la fecha, de forma continua e ininterrumpida. El 12 de abril del 2019, fue atendido por el oftalmólogo JOSÉ GEOVANNY MENESES RUEDA, quien le formuló el medicamento CARBOXIMETIL CELULOSA 0,5% por tres frascos solución en suspensión oftalmológica en razón del diagnóstico dado por el galeno como *Estenosis e insuficiencia de las vías lagrimales*.

Afirmó, que dicho medicamento fue negado por encontrarse fuera del POS, generando con esta omisión la falta de entrega oportuna del medicamento, ocasionando que su estado de salud visual empeore.

2.2.- PRETENSIONES. -

La parte actora solicitó que se ordene de forma inmediata a la NUEVA E.P.S, la autorización y entrega del medicamento CARBOXIMETIL CELULOSA 0,5% POR TRES FRASCOS SOLUCIÓN SUSPENSIÓN OFTALMOLÓGICA, ordenado por el médico tratante.

2.3.- INTERVENCIÓN DE LA ACCIONADA. -

La entidad accionada, NUEVA EPS, mediante escrito del 19 de julio de 2019 se pronunció acerca de lo pretendido, manifestando inicialmente que el medicamento prescrito no se encuentra incluido en los planes de beneficios de salud, toda vez que a partir de la fecha de activación en el ente territorial, el trámite de solicitudes no incluidas en el PBS con cargo a la UPC, no podrán ser tramitados por parte del comité técnico científico de NUEVA E.P.S. S.A y su trámite deberá efectuarse a través de la plataforma MIPRES NO PBS.

Manifestó que, al ser una entidad promotora de salud, se debe cumplir con la normatividad especial que regula este tipo de temas como es la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Afirma que la entidad no ha incurrido en ninguna violación de derechos fundamentales, en razón a que ha cumplido a cabalidad con los procedimientos que cubre el PBS, por lo cual, le corresponde a la entidad territorial de salud cancelar el resto del valor del tratamiento.

Concluyó, que el accionante contaba con otros mecanismos de defensa que pudo hacer valer, antes de recurrir a esta acción constitucional.

2.4.- MATERIAL PROBATORIO ALLEGADO

- Fotocopia simple del derecho de petición de fecha 29 de mayo de 2019, instaurado por el señor JORGE ELIÉCER ZÚÑIGA LÓPEZ y dirigido a la NUEVA E.P.S en el cual pretendía la entrega del medicamento. (v.fls.3) ¹
- Fotocopia simple de la fórmula médica del señor JORGE ELIÉCER ZÚÑIGA LÓPEZ. (v.fls.4) ²

2.5.- FALLO IMPUGNADO. -

En decisión de fecha 26 de julio de 2019, el JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR resolvió tutelar los derechos fundamentales invocados por el actor, argumentando que en la sentencia T-243 de 2015, se establecieron los criterios para inaplicar normas del ordenamiento jurídico, que impidan el goce del derecho fundamental a la salud.

En cuanto al primer requisito se tiene que existe una orden médica expedida por el médico tratante del señor JORGE ELIÉCER ZÚÑIGA LÓPEZ; como segundo requisito se encuentra que el paciente sufre de ESTENOSIS E INSUFICIENCIA DE LAS VÍAS LAGRIMALES; como tercer requisito se evidenció que la NUEVA E.P.S no presentó ante el comité técnico-científico o en la plataforma de MIPRES la posibilidad de sustituir un medicamento por otro, y para finalizar, se encontró probado que el actor pertenece al régimen subsidiado de salud por estar incluido en la población en condiciones de desplazamiento.

2.7.- IMPUGNACIÓN. -

La NUEVA EPS presentó impugnación, mediante escrito de fecha 2 de agosto de 2019 y en ella expresó que la decisión del a quo de tutelar los derechos del accionante, sin que en la parte resolutive de la providencia se concediera expresamente a la accionada el respectivo recobro del 100% para el equilibrio actuarial y económico del Sistema de Seguridad Social en Salud, afecta económicamente a la empresa.

Solicitó la vinculación de la Secretaría de Salud departamental del Cesar, para que se haga responsable del recobro y de la entrega de lo requerido por el afiliado, en

virtud de lo previsto en la Ley 715 del 2001 en su artículo 43, la cual radica las competencias que tienen los departamentos en salud, imponiendo a su cargo asumir gastos como los que generarán en cumplimiento de la orden impartida en la tutela.¹

III.- TRÁMITE DE LA IMPUGNACIÓN. -

A través de auto de fecha 6 de agosto de 2019 se avocó conocimiento de la impugnación formulada,² la cual fue asignada en reparto a quien funge como Ponente, el 12 de agosto de 2019.³

IV.- CONSIDERACIONES. -

Atendiendo los antecedentes que motivaron la presentación de la acción de tutela, así como de las pruebas allegadas a la actuación, se procede a realizar el análisis de los argumentos en que se apoya la solicitud elevada por el señor JORGE ELIÉCER ZÚÑIGA LÓPEZ, de acuerdo con las siguientes precisiones conceptuales:

4.1.- COMPETENCIA. -

En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, y en numeral 1° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de la presente acción de tutela.

4.2.-PROBLEMA JURÍDICO. -

El problema jurídico a resolver en esta instancia consiste en determinar si se ajusta a derecho la decisión adoptada el 26 de julio de 2019 por el JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, a través de la cual amparó los derechos fundamentales invocados por el señor JORGE ELIÉCER ZÚÑIGA LÓPEZ; o si, por el contrario, esa decisión debe ser revocada por ser improcedente ese reconocimiento a través de esta acción constitucional.

4.3.- ANÁLISIS DEL ASUNTO BAJO EXAMEN. -

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, esta Corporación en primer lugar hará mención a la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional en la que se aborda el estudio de los derechos fundamentales invocados por el accionante y la procedencia de la acción de tutela para la protección de estos derechos, para después adentrarnos en el estudio de las circunstancias fácticas que reviste el caso objeto de estudio y la posibilidad de acceder o no a lo pretendido a través de esta acción de amparo constitucional.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD Y DEMÁS

Teniendo en cuenta que la acción de tutela se ejerce para el amparo del derecho fundamental a la salud, conviene citar apartes de reiterada jurisprudencia constitucional que ha abordado este derecho, a fin de determinar la procedencia de la acción constitucional para la protección del derecho invocado en el plenario. En tal sentido la Corte Constitucional ha precisado:⁴

¹ Folio 23-25

² Folio 31

³ Folio 29

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-020 de 2017

“(…) A partir de lo desarrollado en la jurisprudencia de esta Corte y lo establecido en la Ley 1751 de 2015, la salud es un derecho fundamental que se define como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”. Para esta Corporación, el derecho a la salud se debe garantizar en condiciones de dignidad dado que su materialización resulta indispensable para el ejercicio de otros derechos fundamentales.” –Sic-

En sentencia T-144 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández precisó lo siguiente:

“Se trata entonces de una línea jurisprudencial reiterada por esta Corte, la cual ha establecido que el derecho a la salud es un derecho fundamental, que envuelve como sucede también con los demás derechos fundamentales, prestaciones de orden económico orientadas a garantizar de modo efectivo la eficacia de estos derechos en la realidad. Bajo esta premisa, el Estado a través del Sistema de Seguridad Social en Salud, proporciona las condiciones por medio de las cuales sus asociados pueden acceder a un estado de salud íntegro y armónico.

Es por ello que esta Corporación ha precisado que la salud puede ser considerada como un derecho fundamental no solo cuando peligra la vida como mera existencia, sino que ha resaltado que la salud es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas.

En conclusión, la Corte ha señalado que todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud. Por tanto, todas las entidades que prestan la atención en salud, deben procurar no solo de manera formal sino también material la mejor prestación del servicio, con la finalidad del goce efectivo de los derechos de sus afiliados, pues la salud comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad; derechos que deben ser garantizados por el Estado Colombiano de conformidad con los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales.

Lo así indicado conlleva que, si se presentare renuencia en instancias políticas y administrativas competentes para implementar en la práctica medidas orientadas a realizar el derecho a la salud y éste resultare amenazado o vulnerado, los jueces puedan hacer efectiva su protección por vía de tutela” –Se subraya-

De acuerdo con la jurisprudencia en cita, el ejercicio de esta acción constitucional para la protección del derecho a la salud se encuentra prevista como un mecanismo idóneo que permite la salvaguarda del mismo, siempre que se considere que se ha visto amenazado por la indebida acción de los entes en los cuales radica su protección o la efectiva prestación de los servicios que permiten la materialización de los deberes propios de un Estado Social de Derecho, por lo cual es viable su estudio por parte de esta Corporación.

PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

La Ley 1751 de 2015, más conocida como la Ley estatutaria de salud, previó en su artículo 2° qué:

“El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

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. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas.

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."

Con la expedición de esta ley, se estableció una obligación hacia el Estado Colombiano de garantizar y proteger el cumplimiento del derecho fundamental a la salud de todos los colombianos, a través de la toma de medidas pertinentes encaminadas a una integralidad dentro del sistema general de seguridad social, como así mismo, evitar la fragmentación de la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario

La Resolución 5269 del 2017 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social en su artículo 2°, explica la naturaleza y estructura del plan de beneficios en salud, indicando qué:

"El Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC (unidad de pago por capitación) es el conjunto de servicios y tecnologías en salud descritas en el presente acto administrativo, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluye la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad y que se constituye en un mecanismo de protección al derecho fundamental a la salud para que las Entidades Promotoras de Salud (EPS), o las entidades que hagan sus veces, garanticen el acceso a los servicios y tecnologías en salud bajo las condiciones previstas en esta resolución."-Sic-

Visto que la creación de un Plan de Beneficios en Salud, estructurado bajo la integralidad y sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social en Salud; se desprende que esta cubre el acceso a todo lo concerniente a tratamientos, medicamentos, rehabilitación etc., exceptuando lo consagrado en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2011, así mismo se conceptuó la misma cobertura tanto para el régimen contributivo como para el régimen subsidiado.

En cuanto a la creación de la plataforma MIPRES, se realizó con la finalidad de prescribir servicios y tecnologías no incluidos en el Plan de Beneficios, de obligatorio cumplimiento para los usuarios del sistema de salud, garantizando que las Entidades Promotoras de Servicios de Salud (EPS) e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) presten los servicios de la salud sin necesidad de aprobación por parte del Comité Técnico-Científico (CTC) como se venía manejando anteriormente.

En la sentencia T-001 de 2018 de la Honorable Corte Constitucional, en la cual la M. P. Cristina Pardo Schlesinger, precisó lo siguiente:

"Ahora bien, para el régimen subsidiado, el MIPRES tiene una limitación para su aplicabilidad, toda vez que el ente territorial es completamente autónomo en decidir si adopta o no este mecanismo de gestión, pues el MIPRES, por expresa disposición normativa no es obligatoria para las entidades territoriales del régimen subsidiado, tal y como lo dispone el artículo 91 de la Resolución 3951 de 2016. En el supuesto de que no se haya migrado al nuevo mecanismo de gestión, deberá el médico tratante impartir la orden médica correspondiente y ponerla a consideración del Comité Técnico Científico, para que en los términos de la Resolución 5395 de 2013, se le imprima el trámite correspondiente.

Como corolario de lo expuesto, si el ente territorial no adopta voluntariamente el mecanismo del MIPRES, a efectos de aprobar tratamientos, servicios, procedimiento o medicinas expresamente excluidas del Plan de Beneficios en Salud, éste continuará rigiéndose bajo la normatividad anterior, obrante en el título II de la Resolución 5395 de 2013.”-Sic-

REGLAS APLICABLES A LA AUTORIZACIÓN DE MEDICAMENTOS NO POS

Existe en el régimen jurídico colombiano una línea normativa que establece los parámetros conceptuales y legales a los cuales se deben ceñir las entidades encargadas de prestar los servicios de salud.

En la sentencia T- 171 DE 2016 M.P Luís Ernesto Vargas Silva, se precisó que:

“La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido consistente y uniforme al establecer que le corresponde al juez de tutela determinar si la aplicación exegética de la normatividad que regula el POS en cuanto a aquellos servicios, medicamentos y elementos no incluidos conlleva a una amenaza o vulneración de los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social. En ese escenario, el juez de tutela debe inaplicar en el caso concreto dicha reglamentación con el fin de garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales que podrían verse vulnerados. Es decir que en esos casos tiene lugar la aplicación directa de la Constitución y, en consecuencia, debe concederse el suministro del medicamento o el elemento solicitado, o llevar a cabo el procedimiento o servicio requerido por el paciente.”-Sic-

Lo anterior se realiza con la finalidad de que el juez de tutela, salvaguarde los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social, preponderando siempre el principio de integralidad del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Así mismo, en la sentencia T-003 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo se indicó que:

“Las personas vinculadas al Sistema General de Salud independiente del régimen al que pertenezcan, tienen el derecho a que las EPS les garantice 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 dignidad.”-Sic-

En cuanto a las reglas jurisprudenciales fijadas por la Honorable Corte Constitucional en sentencia 249 de 2014 M.P Mauricio González Cuervo, para la procedencia de la autorización y entrega de medicamentos no POS, se ha establecido lo siguiente:

“Tal y como se afirmó en la sentencia T-003 de 2015, que acogió lo dispuesto en la T-760 de 2008, “la Corte ha reiterado que cuando los servicios médicos no contemplados en el POS sean requeridos con necesidad, las EPS tiene el deber constitucional de garantizar su suministro.

Esta Corporación en jurisprudencia pacífica y uniforme ha aplicado los siguientes criterios para determinar si es procedente ordenar servicios de salud excluidos del POS:“(i) la falta del tratamiento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la

integridad física de quien lo requiere; (ii) ese tratamiento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS; (iii) el interesado no puede directamente costear el tratamiento ni las sumas que la E.P.S. se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no puede acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el tratamiento ha sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitando el tratamiento.”-Sic-

4.3.3.- CASO EN CONCRETO. -

Debe destacar la Sala que se encuentra debidamente acreditado dentro del proceso a través de la historia clínica del señor JORGE ELIÉCER ZÚÑIGA LÓPEZ, que éste padece de *Estenosis e insuficiencia de las vías lagrimales*; en relación a esta patología médica, la literatura médica ha precisado:

“La Estenosis e insuficiencia de las vías lagrimales se produce por una inflamación en el saco lagrimal y del conducto lagrimonasal. Su manifestación más simple se presenta como un cuadro de epifora, lagrimeo, irritación e infección. Las lágrimas que mantienen húmeda la superficie del ojo drenan por el saco lagrimal a través del punto lagrimal, que es una pequeña abertura cerca de la esquina del ojo, y pasan por un conducto lagrimal. Cuando este conducto se obstruye, las lágrimas no tienen por donde evacuarse y rebosan.

Los síntomas y signos incluyen:

- *Exceso de lagrimeo*
- *Enrojecimiento de la parte blanca del ojo*
- *Infección o inflamación ocular recurrente (conjuntivitis aguda)*
- *Hinchazón dolorosa cerca de la esquina interior del ojo*
- *Costras en los párpados*
- *Secreción de mucosidad o pus de los párpados y superficie del ojo*
- *Visión borrosa.”⁵-Sic-*

Ahora, consta en el expediente que el oftalmólogo JOSÉ GEOVANNY MENESES RUEDA, en orden médica de fecha 12 de abril de 2019, prescribió a favor del señor JORGE ELIÉCER ZÚÑIGA LÓPEZ el medicamento CARBOXIMETIL CELULOSA 0,5% por tres frascos, solución en suspensión oftalmológica.

Atendiendo a lo manifestado por la Corte Constitucional, se efectuará el análisis para determinar si el accionante cumple con los requisitos exigidos para inaplicar la normatividad que regula el POS, procediendo a lo siguiente:

En primera medida, se encuentra demostrado que existe una orden médica que prueba que el médico oftalmólogo JOSÉ GEOVANNY MENESES RUEDA, se encuentra adscrito a la UT VISIÓN LITORAL, vinculada a la NUEVA EPS.

En segunda medida, el paciente fue diagnosticado con ESTENOSIS E INSUFICIENCIA DE LAS VÍAS LAGRIMALES, de conformidad con la orden obrante en el expediente.

En cuanto al tercer requisito, no obra documento alguno que indique que la NUEVA EPS haya presentado documento frente al Comité Técnico-Científico para dar paso a la plataforma tecnológica MIPRES, la cual fue diseñada para la prescripción de servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios, con la finalidad de evaluar la entrega o no del medicamento que solicita el actor.

⁵ <https://www.oftalvist.es/es/especialidades/cirugia-de-vias-lagrimales>

Finalmente, y con relación al último requisito, se tiene que el señor JORGE ELIÉCER ZÚÑIGA LÓPEZ, se encuentra en el régimen subsidiado de salud por estar incluido en la población en condiciones de desplazado, de lo cual se puede inferir que este no cuenta con las facilidades económicas para sufragar el medicamento que necesita, teniendo en cuenta lo manifestado por él mismo en la acción de tutela.

Atendiendo a lo esbozado en esta providencia, la decisión adoptada por el *a quo* será confirmada.

DECISIÓN. -

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 fecha 26 de julio de 2019, proferido por el JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

TERCERO: Notifíquese la presente providencia a las partes por el medio más expedito y eficaz, personalmente, vía fax o por telegrama, y envíese copia de esta decisión al juzgado de origen.

QUINTO: Surtido lo anterior, DEVUÉLVASE el expediente al juzgado de origen.

ANÓTESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Este proveído fue discutido y aprobado en reunión de Sala de decisión efectuada en la fecha. Acta No. 103


DORIS PINZÓN AMADO
Magistrada


JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
Magistrado


ÓSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA
Presidente