



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR
Valledupar, treinta (30) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

8
/
A32

REF.: Acción de Tutela –Impugnación Sentencia
Accionante: CECILIA ROSA BUSTOS GODOY
Accionada: NUEVA EPS
Radicación: 20-001-33-33-005-2019-00243-01

Magistrado Ponente: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA

I. ASUNTO

Procede la Sala a decidir sobre la impugnación interpuesta por la entidad accionada contra el fallo de 5 de agosto de 2019, proferido por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, mediante el cual se tutelaron los derechos fundamentales invocados por la accionante.

II.- ANTECEDENTES

2.1.- HECHOS.

La accionante manifiesta que tiene 70 años y se encuentra afiliada en el régimen subsidiado de seguridad social a través de la Nueva EPS, quien le está violando sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y seguridad social, toda vez que desde hace varios años fue diagnosticada con las enfermedades de Artrosis primaria generalizada, Osteoporosis, Postmenopáusica- sin fractura patología, Gonartrosis primaria- Bilateral, Mialgia, Insuficiencia Venosa (Crónica) (Periférica) y recientemente fue encontrada con Herpes Zooster en la córnea del ojo izquierdo, para los cuales el oftalmólogo y reumatólogo tratante le ordenó una serie de medicamentos que no le han sido entregados, lo que obstaculiza la continuidad de su tratamiento y pone en riesgo su salud.

Señala que lo anterior viola sus derechos fundamentales, ya que la falta de los medicamentos puede ocasionar un perjuicio irremediable en su salud teniendo en cuenta su avanzada edad y que es una persona de escasos recursos, lo cual no le permite asumir los costos de los medicamentos y controles médicos dependiendo enteramente de la NUEVA EPS.

2.2.- PRETENSIONES.

Solicita que le sean tutelados sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna, y a la seguridad social, en consecuencia, se le ordene a la NUEVA EPS, suministrar los medicamentos ordenados por los médicos tratantes, tales como: SYSTANE y VIRGAN en la forma y cantidades dichas por el oftalmólogo en la fórmula médica del 08/04719, y BIOCALCIM D, NUEVI D, DURAPROX y DORIXINA RELAX, en las modalidades y cantidades expresadas por el reumatólogo en la fórmula médica de fecha 18706/2019.

Así mismo, solicita que se le ordene a la entidad accionada que le garantice un tratamiento integral y continúe prestándole la atención médica y asistencial que sus patologías requieran.

III.- PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, mediante fallo del 5 de agosto de 2019, tuteló los derechos fundamentales reclamados por la accionante, y le ordenó a la NUEVA EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, autorizara y entregara los medicamentos BIOCALCIUM, NUEVI D, DURAPROX y DORIXINA RELAX en las dosis y cantidades ordenadas por su médico tratante especialista en medicina interna y reumatología.

A juicio del juzgado de primera instancia, en el presente caso se encuentran los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que la acción de tutela sea procedente en garantía del goce efectivo del derecho fundamental a la salud, como quiera que se encuentra plenamente demostrado que existe orden médica expedida por el médico tratante Dr. FREDY PUMAREJO VALLE, médico especialista en medicina interna- Reumatología, no cabe duda que la paciente padece de OSTEOPOROSIS POSTMENOPAUSICA, GONARTRITIS PRIMARIA BILATEAL, MIALGIA, OSTEOPOROSIS POSTMENOPAUSICA, que la NUEVA EPS no presentó ante el Comité Técnico- Científico o en la plataforma MIREs la orden emitida por el médico tratante con el fin de evaluar la posibilidad de sustituir el medicamento por otro y que la accionante no tiene capacidad económica para costear dichos medicamentos pues está probado que pertenece al régimen subsidiado de salud por estar incluida en la población sisbenizada.

IV.- IMPUGNACIÓN

La NUEVA EPS impugnó el fallo, alegando que el *a quo* decidió tutelar los derechos fundamentales de la accionante sin que en la parte resolutive expresamente concediera a la accionada el respectivo recobro del 100% para el equilibrio actuarial y económico del sistema de seguridad social en salud.

Indica que por ser una afiliada al régimen subsidiado de solicita se vincule a la Secretaría de Salud Departamental del Cesar, para que se haga responsable del recobro y de la entrega de lo requerido por la afiliada, ya que lo pretendido no se encuentra dentro del plan de beneficios de salud.

Considera que la NUEVA EPS no ha violado el derecho fundamental a la salud de la accionante, por cuanto ha autorizado el procedimiento por las coberturas POS, haciendo claridad que los demás tratamientos o procedimientos que no estén cubiertos por el POS, si manifiesta no tener la capacidad económica para cubrir con el tratamiento debe dirigirse a la entidad territorial de salud.

Afirma que la accionante tiene a su disposición otros mecanismos de defensa que puede hacer valer.

Finalmente, solicita se revoque el fallo de tutela impugnado y denegar las peticiones de la accionante. Así mismo, que se vincule a la Secretaría de Salud, por tratarse de un afiliado al régimen subsidiado. Que en caso de ser concedida la presente acción, se ordene expresamente que la Secretaría de Salud pague a la NUEVA EPS el 100% del costo de los servicios de salud que no están en el plan de beneficios de salud y le sean suministrados a la usuaria, dentro de los quince días siguientes a la formulación de la cuenta pertinente.

V.- CONSIDERACIONES

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...”*.

El artículo 86 de 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.

Teniendo en cuenta el escrito de amparo constitucional y la impugnación presentada, le corresponde a la Sala determinar en el presente caso si se revoca, o por el contrario, si es pertinente confirmar la decisión de primera instancia, para ello se debe establecer si atendiendo las especiales circunstancias de la accionante la NUEVA EPS debe suministrarle los medicamentos ordenados por los médicos especialistas tratantes, así como garantizarle y brindarle de manera integral la atención requerida para el mejoramiento de su salud.

5.1. Principio de integralidad del derecho a la salud.

El artículo 48 de la Constitución Política establece que la seguridad social es un derecho irrenunciable y un servicio público a cargo del Estado, cuyo acceso y prestación debe garantizarse a todas las personas siguiendo los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad.

Este sistema de seguridad social incluye la atención en salud, el cual de conformidad con lo establecido en el artículo 49 *ibíd*, el Estado debe garantizar *“a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, (...) conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”*, de tal manera que, cuando un servicio médico resulta indispensable para garantizar el disfrute de su salud, este no se puede interrumpir a causa de barreras administrativas que impidan el acceso a tratamientos y procedimientos necesarios para paliar o curar la enfermedad. Así mismo, el derecho a la salud tiene como elementos esenciales: la accesibilidad física y la accesibilidad económica, consideradas como condiciones mínimas en las que se deben prestar los servicios de salud.

Inicialmente, el alcance del derecho a la salud se limitó a la prestación del mismo, pues era considerado como un derecho progresivo cuya ejecución sería implementado a través de las políticas públicas mediante leyes o actos administrativos. Posteriormente, fue reconocido por la jurisprudencia constitucional como un derecho fundamental cuando su amenaza o vulneración afectaba otras garantías constitucionales como la vida. De ahí se relacionó con otros derechos

cuya protección el constituyente primario pretendió garantizar¹.

Precisamente, frente al particular, la Corte, en sentencia T-016 de 2007², dijo:

“... la fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución.”

Más adelante, mediante la sentencia T-760 de 2008³, la Corte Constitucional dictó una serie de órdenes que buscaban superar las fallas generales de regulación que se detectaron en el Sistema de Seguridad Social en Salud, y en esa oportunidad se concluyó que la salud es un derecho fundamental autónomo *“en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.”* Como se advierte, a partir de este precedente jurisprudencial, la Corte abandonó la tesis de la conexidad entre el derecho a la salud y la vida e integridad personal, para proteger el derecho fundamental y autónomo a la salud.

Los anteriores pronunciamientos fueron acogidos en la denominada Ley Estatutaria de Salud, Ley 1751 de 2015⁴, allí el Legislador reconoció la salud como derecho fundamental y, en el artículo 2°, se especifica que este es un derecho autónomo e irrenunciable y debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad, para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. Derecho que incluye, por una parte, elementos esenciales e interrelacionados como son: a) disponibilidad, b) aceptabilidad, c) accesibilidad y d) calidad y, por la otra, comporta los siguientes principios: universalidad, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad del derecho, libre elección, sostenibilidad, solidaridad, eficiencia, interculturalidad, protección a los pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palanqueras. Así mismo, enunció que el grupo poblacional que gozan de especial protección por parte del Estado cuya atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica, son: niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en situación de discapacidad.

Por lo tanto, al considerarse el derecho la salud como un derecho fundamental, su protección es procedente por medio de la acción de tutela cuando este resulte amenazado o vulnerado y no exista otro medio idóneo de defensa judicial.

Además, tiene mayor relevancia cuando los afectados sean sujetos de especial protección constitucional: niños, personas en situación de discapacidad o de la tercera edad, entre otros. Dicho trato diferenciado se sustenta en el inciso 3°, del artículo 13 de la Constitución Política que establece la protección por parte del Estado a las personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

¹ Sentencia T-736 de 2016, M.P. Dra. María Victoria Calle Correa.

² M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

³ M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴ “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

Para lo que interesa a la presente causa, la jurisprudencia ha sido enfática en destacar que el principio de integralidad del sistema de salud implica suministrar, de manera efectiva, todas las prestaciones que requieran los pacientes para mejorar su condición médica *“esto es, que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación particular de un(a) paciente”*⁵, de esta forma se protege y garantiza el derecho fundamental a la salud y la adecuada prestación de los servicios médicos que permitan el diagnóstico y tratamiento de los pacientes. De manera puntual, la Corte, en sentencia T-644 de 2015⁶, destacó:

“En lo que concierne al suministro del tratamiento integral, cabe resaltar que el principio de integralidad en el acceso a los servicios de salud se exterioriza en la autorización, práctica o entrega de las tecnologías a las que una persona tiene derecho, siempre que el galeno tratante los considere necesarios para el tratamiento de sus patologías. De lo anterior se desprende que ‘la atención en salud no se restringe al mero restablecimiento de las condiciones básicas de vida del paciente, sino que también implica el suministro de todo aquello que permita mantener una calidad de vida digna’.

Con todo, quienes padecen enfermedades que deterioran su salud se les debe garantizar siempre un tratamiento integral, en los términos, que se establecieron en el artículo 8°, de la Ley 1751 de 2015, de tal forma que se garantice el acceso efectivo al servicio de salud, mediante el suministro de *“todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no”*. Acceso que se exterioriza en la autorización, práctica o entrega de las tecnologías a las que una persona tiene derecho, siempre que el profesional de la salud los considere necesarios para el tratamiento de la enfermedad. En diferentes pronunciamientos la Corporación Constitucional⁷ ha reiterado esta garantía de acceso efectivo a los servicios médicos.

En síntesis, se puede afirmar que el derecho fundamental a la salud, se garantiza a través del uso de medicamentos, tecnologías y servicios de manera continua, completa y sin dilaciones que permitan un tratamiento integral para prevenir, paliar o curar la enfermedad, se encuentren o no incluidas en plan obligatorio de salud, de tal forma que las instituciones encargadas de la administración del sistema de salud atiendan los principios constitucionales que permitan eliminar las barreras administrativas o económicas de acceso para aquellas personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

5.2. Requisitos para que las Entidades Promotoras de Salud autoricen servicios e insumos excluidos del Plan Obligatorio de Salud

El alcance del derecho fundamental a la salud impone a las Entidades Promotoras de Salud y al Estado -como titular de su administración- brindar a los usuarios una atención médica que tenga una cobertura tal, que la prevención, tratamiento, recuperación o atenuación, según el caso, de las enfermedades que les aquejen y sus correspondientes efectos, no sea una idealización carente de materialidad, ni

⁵ Sentencia T-531 de 2009, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶ M.P. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁷ Sentencia T-760 de 2008, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Y además, también puede ser apreciada en las Sentencias, T-173 de 2012, M.P. Dra. María Victoria Calle Correa; T-073 de 2013, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-155 de 2014 y T-447, M.P. Dra. María Victoria Calle Correa de 2014.

una mera dispensación protocolaria tendiente a mantener la dinámica empresarial y mercantilista que, por errada usanza, ha matizado nuestro sistema de salud.

En ese orden de ideas, cuando el correspondiente profesional determina que un paciente demanda la prestación de servicios médicos, la realización de procedimientos o el suministro de medicamentos e insumos, sin importar que estén o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, la respectiva entidad prestadora está en el deber de proveérselos.

No obstante, para este último evento, es decir, cuando se trate de aquellos elementos excluidos del mencionado plan de beneficios, deben verificarse una serie de reglas, establecidas, reiteradamente, por la Corte: (i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en dicho plan ; (iii) el interesado no puede directamente costearlo y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio y a quien se le ha reclamado.

En la Sentencia C-313 de 2014⁸ la Corte explicó que *“estas reglas son las que han orientado las decisiones adoptadas en diversas ocasiones, en las cuales se han requerido prestaciones que fueron negadas por quien debe suministrarlas, so pretexto de su propósito suntuario o estético. La Corporación ha inaplicado las disposiciones del caso y ordenado la prestación correspondiente cuando ha encontrado satisfechas las premisas establecidas por la jurisprudencia”*.

Cuando dada las particularidades del caso concreto, la Sala verifique que se trata de situaciones que reúnen los requisitos establecidos por la jurisprudencia para excepcionar lo dispuesto por el Legislador y se afecte la dignidad humana de quien presenta el padecimiento, es procedente la acción de tutela a fin de inaplicar el literal a del inciso 2 del artículo 15 de la Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015, que excluye del acceso con recursos destinados a la salud, los servicios y tecnologías en los que se advierta el criterio de propósito cosmético o suntuario como finalidad principal y no esté relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas.

Así las cosas, es claro que las exclusiones legales del Plan Obligatorio de Salud no pueden constituir una barrera insuperable entre los usuarios del Sistema de Salud y la atención de sus enfermedades, pues existen circunstancias en las que su autorización implica la única posibilidad eficaz de evitarles un perjuicio irremediable. Tal responsabilidad está a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, pero ante el incumplimiento de su deber constitucional y legal es el juez de tutela el llamado a precaver dicha situación y exaltar la preeminencia de las garantías superiores que se puedan conculcar.

5.3. Caso Concreto.

La señora CECILIA ROSA BUSTOS GODOY, interpuso acción de tutela contra la NUEVA EPS solicitando la protección de sus derechos fundamentales los que estima han sido vulnerados por la entidad accionada, en razón a que esta no le ha garantizado la continuidad e integralidad en la prestación de los servicios médicos requeridos para el mejoramiento y restablecimiento de su salud, por cuanto no le

⁸ M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

ha autorizado y/o entregado los medicamentos SYSTANE y VIRGAN ordenados por su oftalmólogo y BIOCALCIUM, NUEVI D, DURAPROX, DORICINA RELAX, prescritos por el médico especialista en medicina interna y reumatología para el mejoramiento de las patologías que presenta.

De conformidad con lo dispuesto por el *A quo*, esta Sala advierte que el fallo de primera instancia tuvo en cuenta todos los preceptos jurisprudenciales referenciados precedentemente, toda vez que al evidenciar que los medicamentos y/o servicios médicos solicitados, habían sido autorizados por la entidad accionada, solo dispuso que se le garantizara a la señora CECILIA ROSA BUSTOS GODOY una atención integral en salud para el mejoramiento y restablecimiento de su salud.

De acuerdo con lo anterior y verificados los reproches expuestos en el escrito de impugnación, se observa que la inconformidad de la entidad impugnante radica en la orden que tiene que ver con la integralidad de los servicios médicos dispuesta en la sentencia de primer grado. Al respecto, 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. En tanto, como la señora CECILIA ROSA BUSTOS GODOY está afiliada a la NUEVA EPS- S, es esta la entidad responsable de garantizarle todos los servicios médicos que sean necesarios de manera oportuna, íntegra, ágil y con calidad, así mismo, que la atención abarque no sólo los que se encuentren dentro del listado del plan obligatorio salud, sino aquellos que los médicos tratantes consideren pertinentes para restablecer la salud del paciente o para aminorar sus dolencias y que permita llevar una vida en condiciones dignas, así se encuentren excluidos del plan de beneficios. Conclusión a la que se llega con fundamento en el precedente de la Corte Constitucional en el que se ha sostenido que a las personas en especiales circunstancias, como lo es la señora BUSTOS GODOY, quien es una persona de la tercera edad (70 años), con serios problemas de salud y sin recursos para cubrir los gastos de los tratamientos requeridos para mejorar sus condiciones, se les debe brindar un tratamiento especial, por ser una población "vulnerable". En este sentido, se confirmará la sentencia impugnada.

Ahora, en cuanto a la solicitud elevada por la NUEVA EPS en el escrito de impugnación del fallo de tutela, en el sentido de que se autorice ante la Secretaría de Salud el recobro del 100% del costo de los servicios de salud que no estén en el plan de beneficios de salud, es necesario establecer que la Corte Constitucional⁹ ha abordado el tema, concluyendo que el recobro no es una situación que deba debatirse a través del mecanismo excepcional de tutela, ya que las entidades de salud cuentan con los mecanismos y procedimientos idóneos para acceder al reembolso de los dineros de manera directa, sin que medie orden judicial que así lo declare. En relación a este tema, la Corte Constitucional en sentencia T-760-08 manifestó:

“..(ii) no se podrá establecer que en la parte resolutive del fallo de tutela se debe autorizar el recobro ante el Fosyga como condición para autorizar el servicio médico no cubierto por el POS ni para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir. La EPS debe acatar oportunamente la orden de autorizar el servicio de salud no cubierto por el POS y bastará con que en efecto el administrador del Fosyga constate

⁹ Corte Constitucional Sentencia T-760 de 2008 - Auto 067A del 15-04-10 - Sentencia T-727 de 27-09-11.

que la entidad no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC.”

En consecuencia, de acuerdo con las anteriores precisiones no resulta procedente que se autorice a la NUEVA EPS hacer el recobro al FOSYGA de los costos en que se incurra con la autorización de los exámenes y medicamentos prescritos a la accionante que se encuentran por fuera del POS, ya que para esto no hay necesidad de que medie la orden de un juez de tutela.

Así las cosas, esta Sala procederá a confirmar el fallo impugnado, que protegió los derechos fundamentales de la señora CECILIA ROSA BUSTOS GODOY.

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,

FALLA

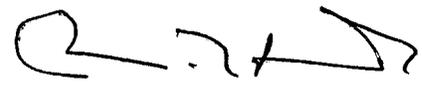
PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela de fecha 5 de agosto de 2019, proferido por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, mediante el cual se amparó los derechos fundamentales reclamados por la accionante, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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.

TERCERO: 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. 090.


DORIS PINZÓN AMADO
Magistrada


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
Magistrado


JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
Magistrado