



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veinte (2020)

REF.: ACCIÓN DE TUTELÁ –IMPUGNACIÓN DE SENTENCIA

ACCIONANTE: OMAIRA MARÍA SAURIT CARRILLO

ACCIONADA: NUEVA E.P.S.

RADICACIÓN: 20-001-33-33-004-2019-00376-01

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA

Resuelve la Sala la impugnación interpuesta por la entidad accionada NUEVA E.P.S., contra la sentencia proferida el día 17 de enero de 2020, por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Valledupar, por medio de la cual se concedió el amparo de los derechos fundamentales invocados por la accionante.

### I. ANTECEDENTES PROCESALES

#### 1. Acción de tutela.

La accionante a través de su hija como agente oficiosa, manifiesta que tiene 78 años de edad, se encuentra afiliada a la NUEVA EPS en el régimen subsidiado, con diagnóstico médico de *"Tumor maligno del tercio inferior del esófago"*, que requiere cita por gastroenterología y oncología, ya la EPS le ha negado el servicio.

Solicita se ordene a la NUEVA EPS que autorice de manera urgente cita con gastroenterología y oncología, "id eco esofágico", autorizado por el médico tratante, y además que la orden sea integral.

#### 2. Providencia impugnada.

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, mediante fallo de 17 de enero de 2020, tuteló los derechos fundamentales invocados por la señora OMAIRA MARÍA SAURIT CARRILLO.

Por lo que ordenó a la NUEVA EPS, que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la providencia, genere a favor de la mencionada señora, las citas en las especialidades de gastroenterología y oncología, de igual manera, suministre todos los medicamentos pos y no pos, controles, citas médicas, terapias, exámenes especializados y demás tratamientos que ordene el médico tratante para la recuperación de su salud.

Arguye que la nueva EPS está obligada a prestar el servicio de salud a la accionante, sin interrupción, una vez que el tratamiento se haya iniciado y hasta tanto finalice o se supere la enfermedad. Anota que atendiendo a que se trata de una mujer que se encuentra en estado de debilidad manifiesta, debido a la gravedad de la enfermedad que padece, el tratamiento debe ser integral.

#### 3. La impugnación.

La NUEVA EPS argumenta que los límites frente a las órdenes de tutela que involucran tratamientos integrales se trazan de acuerdo a la prescripción médica que realicen los médicos tratantes de las EPS, en tanto el médico como bien lo resaltó la Corte Constitucional es el único capaz de determinar los servicios en

salud que requiere el paciente, de lo contrario se convertirán en servicios indeterminados en el tiempo, generando un problema de funcionamiento a la entidad, en tanto los galenos son los únicos que pueden determinar las necesidades de sus pacientes para el manejo de las patologías diagnosticadas y no así el juez de tutela.

Precisa que el principio de integralidad supone que las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud se encuentran sujetas a los conceptos que emita el personal médico, y no, por ejemplo, a lo que estime el paciente. Se trata de garantizar el derecho constitucional a la salud de las personas siempre teniendo en cuenta las indicaciones y requerimientos del médico tratante.

Por lo cual, es necesario que el Juez indique a la NUEVA EPS, lo que requiere el accionante específicamente, para evitar de manera general un fallo amplio donde se conceda lo que no requiera el accionante. En virtud de lo cual se ha observado que la tutelante solicita tratamiento integral, que no corresponde con la pretensión inicial y de la cual generó la misma.

Toda vez que, por ser una afiliada al régimen subsidiado, solicita vincular de manera inmediata 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.

Solicita revocar el fallo de tutela y denegar las peticiones de la accionante, porque la integralidad en este caso no es viable, en cuanto no se puede cubrir la atención integral y suministros de tratamientos y medicamentos futuros sin ser ordenados por el médico tratante o profesional adscrito a nuestra red de servicios, por otra parte se tenga en cuenta que la cobertura debe ser por parte de la SECRETARÍA DE SALUD.

También solicita, 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.

## II. 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 requiere para el manejo de la patología 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 reiterado<sup>1</sup> 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*

<sup>1</sup> Por ejemplo en la sentencia T-574 de 2010.

*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 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) paciente<sup>2</sup>.” (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 tratamiento<sup>3</sup>.*

(...)

*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.<sup>4</sup> 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 vital<sup>5</sup>.

2. Reglas jurisprudenciales sobre la procedencia de la acción de tutela para obtener el suministro de prestaciones excluidas del POS.

Con el fin de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales que pueden verse afectados con la exclusión de determinados medicamentos y tratamientos médicos del POS, la jurisprudencia del Alto Tribunal en materia Constitucional ha establecido los criterios que debe tener en cuenta el Juez de Tutela para ordenar la prestación de los mismos.

<sup>2</sup> Consultar Sentencia T-518 de 2006.

<sup>3</sup> 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.

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

<sup>5</sup> 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 RODRIGUEZ Y OTRO, DEMANDADO: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. – NUEVA E.P.S.

Así las cosas, en Sentencia T- 269 de 2011 señaló:

*“...Debe emitirse una orden de amparo a favor de la persona que requiera un servicio médico no incluido, cuando concurren las siguientes condiciones:*

*“(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 el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, 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 a quien está solicitándolo.”*

*En adelante, se observará que una empresa encargada de prestar el servicio de salud viola este derecho, si se niega a autorizarlo por no estar incluido en el POS, si presenta las dos primeras y la última de las condiciones antes referidas (“requiera”); cuando registre la condición (iii), lo será con “necesidad”.*

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, cuando mediante acción de tutela el juez constitucional conoce de la presunta vulneración del derecho a la salud por la negativa de una Entidad Promotora de Salud de prestar un servicio médico por el hecho de no estar incluido en el POS, es procedente ordenar el suministro de éste, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos por la H. Corte Constitucional al respecto.

### 3. Caso Concreto.

En el presente caso, la acción de tutela es presentada por la señora OMAIRA MARÍA SAURIT CARRILLO, a través de su hija EMILCE VARGAS SAURIT, por considerar que la NUEVA EPS le está vulnerando sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, al negarle las citas médicas por gastroenterología y oncología, ordenadas por su médico tratante. Así mismo, solicita que la atención que preste sea de manera integral.

Se encuentra demostrado en el expediente que la señora OMAIRA MARÍA SAURIT CARRILLO, se encuentra afiliada en salud a la NUEVA E.P.S. en el régimen subsidiado, lo cual se extrae del escrito de tutela, de las pruebas aportadas con la misma y de la propia manifestación de la accionada en la contestación a la demanda.

Así mismo, se encuentra acreditado que la mencionada señora fue diagnosticada con *“Tumor maligno del tercio inferior del esófago”*, ante lo cual, el médico le ordenó cita de control por oncología clínica y cita de control cirugía endoscópica, sin que haya evidencias en el proceso que estos servicios médicos hayan sido prestados por la EPS a la paciente.

Debido a lo anterior, el *A-quo* concedió la protección de los derechos fundamentales invocados por la accionante, ordenando a la NUEVA EPS, que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la providencia, generara a favor de la señora OMAIRA MARÍA SAURIT CARRILLO, las citas en las especialidades de gastroenterología y oncología, de igual manera, suministre

todos los medicamentos pos y no pos, controles, citas médicas, terapias, exámenes especializados y demás tratamientos que ordene el médico tratante para la recuperación de su salud.

Por su parte, la Nueva EPS en la impugnación argumenta que la obligación para responder por el acceso al servicio de salud en este caso y del correspondiente recobro recae en la Secretaría de Salud Departamental del Cesar, por ser la accionante una afiliada al régimen subsidiado, que la accionante tiene a su disposición otros mecanismos de defensa, y que no es viable ordenar por tutela atención integral.

En relación con lo anterior, referente a que es la Secretaría de Salud Departamental del Cesar quien debe responder por el servicio de salud y el correspondiente recobro, hay que indicar que ello no es procedente por cuanto si bien la obligación de asumir el pago de lo no incluido en el POS radica en cabeza de dicha Secretaría, la encargada de la prestación del servicio es la NUEVA EPS, por ser la entidad a donde se encuentra afiliada la accionante en salud.

Tampoco se acepta lo afirmado por la impugnante de que la accionante tiene a su disposición otros mecanismos de defensa, porque ello no es cierto, ya que la única vía idónea con que cuenta la accionante para la protección de los derechos fundamentales que invoca, es la acción de tutela.

Así las cosas, en el presente caso no se admite discusión de que quien está a cargo de la prestación de los servicios en salud de la accionante es la NUEVA EPS, ahora en relación con las prestaciones excluidas del POS que pueda necesitar la accionante para el tratamiento y mejoramiento de la patología que padece, es de recordar que de acuerdo con lo establecido en la jurisprudencia constitucional referenciada con anterioridad, 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 el presente caso, se cumplen estas condiciones.

Ahora bien, respecto al argumento de la impugnante de que no se debió ordenar 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.

Así las cosas, resulta evidente para la Sala que dada la gravedad de la patología que presenta la accionante y la protección reforzada de que goza, por ser una persona de la tercera edad, se hace necesario garantizar el tratamiento integral de su enfermedad, según lo prescrito por su médico tratante, y con esto, la ejecución de todas las acciones necesarias para mejorar su calidad de vida.

Por lo tanto, esta Sala considera que la entidad accionada está incumpliendo sus deberes legales y constitucionales, evidenciando la vulneración de los derechos



fundamentales de la accionante, a quien se pone en riesgo no sólo la salud sino su afectación en el desarrollo de su vida e integridad personal.

Finalmente, 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 o procedimiento 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 EPS las que deberán adelantar los trámites administrativos para efectos del referido recobro según sea el caso<sup>6</sup>.

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.

En mérito de 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 proferido el día 17 de enero de 2020, por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito 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. 014.

  
JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA  
Presidente

  
DORIS PINZÓN AMADO  
Magistrada

  
CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA  
Magistrado

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