



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR
Valledupar, once (11) de febrero de dos mil veinte (2020)

REF.: ACCIÓN DE TUTELA – IMPUGNACIÓN SENTENCIA
ACCIONANTE: ALCIBIADES MANUEL ARRIETA FABRA
ACCIONADA: NUEVA E.P.S.
RADICACIÓN: 20-001-33-33-005-2019-00431-01
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA

I. ASUNTO

Resuelve la Sala la impugnación interpuesta por la entidad demandada, contra la sentencia proferida el 16 de diciembre de 2019, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Valledupar, por medio de la cual se tuteló el derecho fundamental a la salud invocado por el accionante.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

2.1. Acción de tutela.

El accionante manifiesta en el escrito de tutela, que se encuentra afiliado en salud a la NUEVA EPS, por régimen subsidiado.

Afirma que padece de colon irritable, por lo el médico tratante adscrito a la EPS le formuló el medicamento BROMURO DE PRINAVERIO, el cual no ha sido entregado por parte de la NUEVA EPS, lo que empeora su actual condición de salud, por la falta de tratamiento ordenado.

Solicita se tutele su derecho fundamental a la salud en conexidad con el derecho a la vida, y se ordene a la NUEVA EPS, que en un término no mayor a 48 horas, le suministre las 60 tabletas de *"Bromuro de pinaverio de 100 mg"*.

2.2. Providencia impugnada.

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, mediante fallo de 16 de diciembre de 2019, tuteló el derecho fundamental a la salud del señor ALCIBIADES MANUEL ARRIETA FABRA. 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 y entregue el medicamento BROMURO DE PRINAVERIO 100 MG en las dosis y cantidades ordenadas por su médico tratante.

Concluye que el derecho a la salud del accionante está siendo vulnerado por la accionada al no suministrarle el mencionado medicamento ordenado por su médico tratante.

2.3. La impugnación.

La NUEVA EPS impugna la anterior decisión, quien solicita la revocatoria del fallo de primera instancia, argumentando que el *a quo* decidió tutelar los derechos fundamentales del 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.

De otro lado manifiesta que por ser el accionante un afiliado al régimen subsidiado, solicita se vincule de inmediato a la Secretaria de Salud Departamental, para que se haga responsable del recobro y de la entrega de lo requerido por el afiliado, ya que lo pretendido no se encuentra dentro del plan de beneficios de salud.

Señala que la NUEVA EPS no ha violado el derecho fundamental a la salud del accionante, por cuando 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. Por lo cual solicita hacer parte de la tutela a la ENTIDAD TERRITORIAL DE SALUD para que sufrague el resto del valor del tratamiento.

Finalmente considera que el accionante tiene a su disposición otros mecanismos de defensa que puede hacer valer.

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 que accedió a las pretensiones de la acción de tutela, porque en consideración de la impugnante NUEVA EPS, no ha violado el derecho fundamental a la salud del accionante, por cuando ha autorizado el procedimiento por las coberturas POS; debe vincularse a la Secretaria de Salud Departamental, por ser el accionante un afiliado al régimen subsidiado; que accionante cuenta con otros mecanismos de defensa que puede hacer valer, y debe ordenarse el respectivo recobro del 100% para el equilibrio actuarial y económico del sistema de seguridad social en salud, en el evento de ser concedida la tutela.

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

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

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”.² (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

² Consultar Sentencia T-518 de 2006.

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.

(...)

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. 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 mimos.

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 concurran 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

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.

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.

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.

Se encuentra demostrado en el expediente que el señor ALCIBIADES MANUEL ARRIETA FABRA, se encuentra afiliado en calidad de cotizante al sistema de seguridad social en salud en el régimen Subsidiado a través de la NUEVA E.P.S., según manifestación de la propia accionada y las pruebas documentales aportadas con la tutela. De igual forma, conforme a la historia clínica del actor y demás documentos allegados con la tutela, se evidencia que dicho señor fue diagnosticado con “SÍNDROME DEL COLON IRRITABLE SIN DIARREA”, ante lo cual el médico tratante adscrito a la EPS accionada le formuló el medicamento “BROMURO DE PINAVERIO 100 MG”, durante dos meses.

El *a-quo* tuteló el derecho fundamental a la salud del señor ALCIBIADES MANUEL ARRIETA FABRA, 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 y entregue el medicamento BROMURO DE PRINAVERIO 100 MG en las dosis y cantidades ordenadas por su médico tratante.

Por su parte, la Nueva EPS en la impugnación argumenta que no ha violado el derecho fundamental a la salud del accionante, por cuando ha autorizado el procedimiento por las coberturas POS; que debe vincularse a la Secretaría de Salud Departamental, por ser el accionante un afiliado al régimen subsidiado; que accionante cuenta con otros mecanismos de defensa que puede hacer valer, y debe ordenarse el respectivo recobro del 100% para el equilibrio actuarial y económico del sistema de seguridad social en salud, en el evento de ser concedida la tutela.

En cuanto al primer punto de la impugnación, de haber autorizado la NUEVA EPS el procedimiento por las coberturas POS, no hay pruebas en el procesos que demuestren esta afirmación de la accionada; ni mucho menos que acrediten que se haya materializado la entrega de dicho medicamento al accionante.

Referente a que es la Secretaría de Salud Departamental 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 afiliado el accionante en salud.

Tampoco se acepta lo afirmado por la impugnante de que el accionante tiene a su disposición otros mecanismos de defensa, porque ello no es cierto, ya que la única vía idónea con que cuenta el 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 del accionante es la NUEVA EPS. Ahora en relación con las prestaciones excluidas del POS que pueda necesitar el 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.

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 al 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 caso⁶.

Por lo tanto, esta Sala considera que la entidad accionada está incumpliendo sus deberes legales y constitucionales, evidenciando la vulneración de los derechos fundamentales del accionante, a quien se pone en riesgo no sólo la salud sino su afectación en el desarrollo de su vida e integridad personal.

Por todo, al estar demostrada la vulneración alegada por el 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 16 de diciembre de 2019, por el Juzgado Quinto Administrativo 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.

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

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. 008.


JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
Presidente


DORIS PINZÓN AMADO
Magistrado


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
Magistrado