



Libertad y Orden

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Popayán, cuatro (04) de mayo de dos mil veinte (2020)

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS H. JARAMILLO DELGADO

EXPEDIENTE: 19001-33-31-008-2020-00033-01

ACCIONANTE: CARLOS MARIO KERKELEN ARANGO

ACCIONADO: EPCAMSPY- INPEC

ACCIÓN: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

Decide el Tribunal Administrativo del Cauca sobre la impugnación formulada por el CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL contra la Sentencia N° 048 del 04 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, mediante la cual se tuteló el derecho fundamental a la salud del accionante.

I- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El señor CARLOS MARIO KERKELEN ARANGO, identificado con la cédula de ciudadanía N° 71.337.088 y T.D. 15.468, recluso en el patio 3 del Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad y Carcelario de Alta Seguridad de Popayán, actuando en nombre propio, instauró acción de tutela en contra del ÁREA DE SANIDAD DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO, LA USPEC y EL CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL, por la presunta vulneración del derecho fundamental a la salud.

En consecuencia, solicitó que se le suministre la crema hidratante *lubriderm* para la resequedad de la piel, la cual se le venía suministrando para tratar un "*traumatismo de la médula espinal lumbar y trastorno de disco y otros con radiculopatía*", pero le fue suspendida. Igualmente mencionó que no le han brindado atención médica especializada en dermatología.

1.1. HECHOS

Refirió el accionante que el 29 de noviembre de 2019 asistió a una cita médica con el especialista en dermatología para verificar si requería el uso de crema extra líquida

EXPEDIENTE:
ACCIONANTE:
ACCIONADO:
ACCIÓN:

19001-33-31-008-2020-00033-01
CARLOS MARIO KERKELEN ARANGO
EPCAMSPY- INPEC
TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

humectante Lubriderm, por causa de un *"traumatismo de la médula espinal lumbar y trastorno de disco y otros con radiculopatía"*.

Afirmó que le suspendieron la entrega de las cremas y que se ordenó otra valoración con especialista en dermatología, la cual no se ha realizado.

2. INFORMES DE TUTELA

2.1. ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE ALTA Y MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO DE ALTA SEGURIDAD DE POPAYÁN (FI.12-15)

En síntesis, señaló que el 29 de noviembre de 2019 se le dictaminó al interno "xerosis cutis" y como tratamiento se prescribió *"1. Cuidado de la piel, 2. Lubriderm crema No. 4 aplicar 2 veces en cuerpo por 2 meses"*.

Sostuvo que el distribuidor farmacéutico COHAN no ha entregado la crema por ser un elemento cosmético, y por ello está negado el suministro en virtud de la Resolución No. 000244 del 31 de enero de 2019.

Adujo que la entrega de medicamentos es un servicio tercerizado, contratado por el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019 y son ellos quienes deben responder por las necesidades del actor.

2.2. La USPEC (FI.20-25)

Refirió que el parágrafo 1 del artículo 66 de la Ley 1709 de 2014 modificó el artículo 104 de la Ley 65 de 1993, creó el Fondo Nacional de Salud de las personas Privadas de la Libertad, como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, el cual estará constituido por recursos del presupuesto General de la Nación.

Indicó que los recursos del Fondo son manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la que el Estado tenga más del 90% del capital y para tal efecto la USPEC debía suscribir un contrato de fiducia mercantil.

Mencionó que el Fondo Nacional sería el encargado de contratar la prestación de los servicios de salud de todas las personas privadas de la libertad, por lo anterior la USPEC suscribió el contrato de fiducia mercantil No. 331 de 2016 con el Fondo de Atención en Salud PPL 2017, y en virtud a este contrato ejecutaría las contrataciones de prestación de los servicios de salud, de tecnologías en salud y sistemas de información entre otros; a fin de garantizar la prestación de los servicios de salud a la población privada de la libertad a cargo del INPEC.

Adujo que mediante correo electrónico del 04 de marzo de 2019, requirió al consorcio sobre la atención en salud del interno.

Concluyó que de acuerdo al actual modelo de prestación del servicio de salud a la población privada de la libertad, intervienen varias entidades con obligaciones y roles diferentes, las cuales marcan y determinan hasta dónde va la competencia de cada una de ellas, por tal razón afirman que respecto a los mandatos legales dados a la Unidad de Servicios Penitenciarios USPEC, y frente a la prestación de los servicios de salud del PPL a cargo del INPEC, han cumplido a cabalidad con lo ordenado por la ley, celebrando el contrato de Fiducia Mercantil.

Respecto al caso concreto, indicó que a través de consulta realizada en la plataforma MILLENIUM dispuesta por el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019, verificó la expedición de 2 autorizaciones de servicios: la CFSU1258034 del 16 de enero de 2020, para EVENTRORRAFIA CON COLOCACIÓN DE MALLA – HERNIORRAFIA EPIGÁSTRICA VÍA ABIERTA, y la CFSU1271420 del 03 de febrero de 2020, para INSERCIÓN DE CATÉTER EPIDURAL EN CANAL ESPINAL PARA INFUSIÓN DE SUSTANCIA TERAPÉUTICA O PALIATIVA – INYECCIÓN DE ANESTESIA EN NERVIOS DE FACETA ARTICULAR VERTEBRAL CON FINES ANALGÉSICOS.

Agregó que el EPCAMSPY no ha gestionado las citas, así como tampoco ha entregado la crema humectante, todo lo cual le compete.

2.3. CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL (fls.27 a 30)

En síntesis, adujo haber expedido las autorizaciones de servicios CFSU1258034 del 16 de enero de 2020 y CFSU1271420 del 03 de febrero de 2020, ya referidas por la USPEC.

Refirió que los días 06, 13 y 18 de febrero de 2020, se efectuó entrega de medicamentos al accionante, a saber: ACETATO DE ALUMINIO LOCIÓN 120 ML e IBUPROFENO 400 MG. Preciso que no se evidenció formulación de crema humectante alguna.

3. LA SENTENCIA IMPUGNADA

En la sentencia No. 048 del 04 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, se resolvió:

"PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental a la salud en condiciones dignas del interno CARLOS MARIO KERKELEN ARANGO identificado con la T.D. 15.468, vulnerado por la DIRECCIÓN DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE ALTA Y MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO CON ALTA SEGURIDAD DE POPAYÁN, por el CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2019 y por la UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS- USPEC, según lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al Director del ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE ALTA Y MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO DE ALTA SEGURIDAD DE POPAYÁN que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia realice

las gestiones administrativas necesarias para que aquel sea trasladado a la IPS dispuesta por el CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2019, y se lleven a cabo los procedimientos denominados "EVENTRORRAFÍA CON COLOCACION DE MALLA Y HERNIORRAFIA EPIGÁSTRICA VÍA ABIERTA" e "INSERCIÓN DE CATETER EPIDURAL EN CANAL ESPINAL PARA INFUSIÓN DE SUSTANCIA TERAPÉUTICA O PALIATIVA E INYECCIÓN DE ANESTESIA EN NERVIOS DE FACETA ARTICULAR VERTEBRAL CON FINES ANELGÉSICOS, junto con los demás procedimientos, exámenes, medicamentos y los servicios adicionales que requiera para su tratamiento y restablecimiento de la salud, y el eventual tratamiento especializado, con el fin tratar los diagnósticos de HERNIA UMBILICAL SIN OBSTRUCCIÓN NI GANGRENA Y OTRO, y TRAUMATISMO DE LA MÉDULA ESPINAL LUMBAR, en forma integral.

TERCERO: ORDENAR al CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2019, a través de su representante legal, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia expida la autorización necesaria para que el accionante pueda terminar el plan de tratamiento ordenado por la profesional en dermatología tratante de la XEROSIS CUTIS que aquel padece, en especial el suministro de la crema LUBRIDERM de acuerdo a la prescripción médica.

CUARTO: ORDENAR a la UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS-USPEC que verifique estrictamente el cumplimiento de las obligaciones legales tanto de la DIRECCIÓN DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE ALTA Y MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO DE ALTA SEGURIDAD DE POPAYÁN y del CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL, como de la prestación efectiva de los servicios médicos al interno CARLOS MARIO KERKELEN ARANGO, y que sean prestados estos de manera integral y efectiva. (...)"

En síntesis, estimó que no estaba acreditada la continuidad y culminación del tratamiento con la crema humectante prescrita, pues al parecer sólo fue entregada hasta septiembre de 2019. De otro lado, encontró que no se habían programado las citas para hacer efectivas las autorizaciones de servicios emitidas por el CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL.

Por lo anterior, concluyó que se vulneró el derecho fundamental a la salud del interno ante la falta de prestación de los servicios de salud que necesita.

4. LA IMPUGNACIÓN DEL CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL (fls.65-71)

Sostuvo que la crema humectante LUBRIDERM se encuentra catalogada como producto COSMÉTICO, conforme a la Resolución 244 de 2019, por ende, no se encuentra incluida dentro del plan de beneficios en salud y no puede entregarse al accionante.

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

El Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela, según lo establecido por el Decreto Ley 2591 de 1991 en su artículo 32, en SEGUNDA INSTANCIA.

2. DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD Y LA RELACIÓN DE ESPECIAL SUJECCIÓN CON EL ESTADO

Desde sus primeros pronunciamientos la Corte Constitucional ha desarrollado el concepto de *"relación de especial sujeción de las personas privadas de la libertad con el Estado"*. Ha sostenido que en virtud de la misma el Estado puede exigir de los reclusos el sometimiento a un conjunto de condiciones que suponen la suspensión y restricción de ciertos derechos fundamentales. En otras palabras, el Estado, al privar de la libertad a una persona, se constituye en el garante de los derechos que no son restringidos por el acto de la privación de la libertad, y el recluso, por su parte, queda sujeto a determinadas obligaciones legales y reglamentarias de imperativa observancia. Dicha suspensión o restricción debe llevarse a cabo bajo los criterios de razonabilidad, utilidad, necesidad y proporcionalidad.

En consecuencia, corresponde a las autoridades penitenciarias y carcelarias garantizar a las personas privadas de la libertad los derechos fundamentales que no les han sido suspendidos, lo que implica *no solamente que el Estado no deba interferir en la esfera de desarrollo de estos derechos, sino también que debe ponerse en acción para asegurarle a los internos el pleno goce de los mismos*. Siempre, claro está, adoptando las medidas amparadas legal y reglamentariamente y acudiendo a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

La Corte Constitucional en Sentencia T 127 de 2016, explicó que la garantía del derecho a la salud no puede ser suspendida ni restringida a quienes se encuentran privados de la libertad, en tanto su desconocimiento afecta otros derechos fundamentales como la vida y la dignidad humana:

"El derecho a la salud de las personas privadas de la libertad debe ser garantizado en condiciones de igualdad, no solo porque se encuentra estrechamente vinculado con los derechos a la vida y a la dignidad humana, sino también por la relación especial de sujeción del interno con el Estado y la ausencia de justificación para su limitación dentro del marco general del derecho punitivo. De igual forma, el Estado tiene la obligación de utilizar todos los medios necesarios para garantizar el acceso a los servicios de salud en condiciones oportunas, adecuadas, eficientes y continuas, la cual se genera por ser el encargado de la organización, dirección y reglamentación de la salud y como consecuencia de que los internos únicamente cuentan con los servicios médicos que ofrece el establecimiento carcelario en el cual se encuentran reclusos a través de la EPS contratada."

3. LA ACCIÓN DE TUTELA Y EL CUBRIMIENTO DE SERVICIOS E INSUMOS NO INCLUIDOS EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD (HOY PLAN DE BENEFICIOS)

La H. Corte Constitucional en la sentencia T-235 de 2018 fijó las siguientes sub reglas:

"43. En relación con el suministro de elementos, intervenciones e insumos no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), esta Corporación ha precisado¹ que el derecho a la salud, por su complejidad, suele estar sujeto a restricciones presupuestales y a una serie de actuaciones y exigencias institucionales que tienen que ver con la diversidad de obligaciones a las que da lugar, y a la magnitud y multiplicidad de acciones y omisiones que exige del Estado y de la sociedad. No obstante, la escasez de recursos disponibles o la complejidad de las gestiones administrativas asociadas al volumen de atención del sistema no justifican la creación de barreras administrativas que obstaculicen la implementación de medidas que aseguren la prestación continua y efectiva de los servicios asistenciales que requiere la población.

44. Así, el efecto real de tales restricciones se traduce en la necesidad de que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud se destinen a la satisfacción de los asuntos que resultan prioritarios, bajo el entendido de que progresivamente las personas deben disfrutar del nivel más alto posible de atención integral en salud. Bajo este supuesto, la Corte ha admitido que el PBS esté delimitado por las prioridades fijadas por los órganos competentes y así ha negado tutelas, que pretenden el reconocimiento de un servicio excluido del PBS, en la medida que dicha exclusión no atente contra los derechos fundamentales del interesado.

45. Con todo, las autoridades judiciales constantemente enfrentan el reto de resolver peticiones relativas a la autorización de un medicamento, tratamiento o procedimiento excluido del PBS. Este desafío consiste en determinar cuáles de esos reclamos ameritan la intervención del juez constitucional, es decir, en qué casos la entrega de un medicamento que está por fuera del plan de cubrimiento, y cuyo reconocimiento afecta el principio de estabilidad financiera del sistema de salud, es imperiosa a la luz de los principios de eficacia, universalidad e integralidad del derecho a la salud.

*Por lo anterior, como lo resaltó la **Sentencia T-017 de 2013**, de lo que se trata es de determinar en qué condiciones la negativa a suministrar una prestación por fuera del PBS afecta de manera decisiva el derecho a la salud de una persona, en sus dimensiones físicas, mentales o afectivas.*

*46. Para facilitar la labor de los jueces, la **Sentencia T-760 de 2008**, resumió las reglas específicas que deben ser contrastadas y verificadas en aras de asegurar que la sostenibilidad del sistema de salud se armonice con las obligaciones que están en cabeza del Estado en su condición de garante del goce efectivo del derecho a la salud. Dicha sentencia concluyó que*

¹ Ver, entre otras, Sentencias T-034 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-017 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

debe ordenarse la provisión de medicamentos, procedimientos y elementos que estén excluidos del PBS a fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurren las siguientes condiciones:

"(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad; (ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad; (iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado".

De hecho, esta sentencia puntualiza, además, que otorgar en casos excepcionales un medicamento o un servicio médico no incluido en el PBS, en un caso específico, no implica per se la modificación del Plan de Beneficios en Salud, ni la inclusión del medicamento o del servicio dentro del mismo, pues lo que exige es que exista un goce efectivo de los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas.

*En este sentido, los medicamentos y servicios no incluidos dentro del PBS, continuarán excluidos y **su suministro sólo será autorizado en casos excepcionales, cuando el paciente cumpla con las condiciones anteriormente descritas.** Esto, sin que eventualmente el órgano regulador incluya ese medicamento o servicio dentro del plan de beneficios.*

47. Sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido que en ciertos casos el derecho a la salud requiere de un mayor ámbito de protección. Así, existen circunstancias en las que a pesar de no existir órdenes médicas, la Corte ha ordenado el suministro y/o autorización de prestaciones asistenciales no incluidas en el PBS, en razón a que la patología que padece el actor es un hecho notorio del cual se desprende que su existencia es indigna, por cuanto no puede gozar de la óptima calidad de vida que merece².

*48. La Corte ha señalado puntualmente **en relación con la primera subregla**, atinente a la amenaza a la vida y la integridad por la falta de prestación del servicio, que el ser humano merece conservar niveles apropiados de salud, no sólo para sobrevivir, sino para desempeñarse adecuadamente y con unas condiciones mínimas que le permitan mantener un estándar de dignidad, propio de un Estado Social de Derecho.*

² Ver Sentencias T-099 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-899 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-975 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-1024 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-180 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T- 955 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, entre otras.

De esta manera, esta Corporación ha reiterado que el derecho a la vida implica también la salvaguarda de condiciones tolerables y mínimas de existencia, que permitan subsistir con dignidad. Por lo tanto, para su garantía no se requiere necesariamente enfrentarse a una situación inminente de muerte³, sino que su protección exige además asegurar la calidad de vida en condiciones dignas y justas, según lo dispuesto en la Carta Política.

49. En torno a **la segunda subregla**, atinente a que los servicios no tengan reemplazo en el PBS, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se debe demostrar la calidad y efectividad de los medicamentos o elementos solicitados y excluidos del Plan de Beneficios en Salud. En relación con esto, ha señalado la Corte⁴ que si el medicamento o servicio requerido por el accionante tiene un sustituto en el plan de beneficios que ofrezca iguales, o mejores niveles de calidad y efectividad, no procederá la inaplicación del PBS⁵.

*50. En cuanto a **la tercera subregla**, esto es que el servicio haya sido ordenado por un galeno de la EPS, para que un medicamento, elemento o procedimiento excluido del plan de beneficios pueda otorgarse por vía de tutela, esta Corporación ha sostenido que:*

i. Es el profesional médico de la EPS quien tiene la idoneidad y las capacidades académicas y de experticia para verificar la necesidad o no de los elementos, procedimientos o medicamentos solicitados.

ii. Cuando dicho concepto médico no es emitido por un galeno adscrito a la EPS, sino por uno externo, la EPS no puede restarle validez y negar el servicio únicamente por el argumento de la no adscripción del médico a la entidad prestadora de salud. De esta forma, sólo razones científicas pueden desvirtuar una prescripción de igual categoría. Por ello, los conceptos de los médicos no adscritos a las EPS también pueden tener validez, a fin de propiciar la protección constitucional de las personas.

3 Cfr. T- 829 de octubre 5 de 2006, M. P. Manuel Jose Cepeda Espinosa; T-155 de marzo 2 de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; T-1219 de diciembre 12 de 2003, M. P. Rodrigo Escobar Gil y T- 899 de octubre 24 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

4 T-873 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

5 Ante este problema, la Sentencia precisó que “lo anterior plantea un problema de autonomía personal en la aceptación de los medicamentos ordenados por el médico tratante... el paciente queda en libertad de aceptar los medicamentos o tratamientos que le son prescritos por su médico tratante, y debe respetársele la decisión que se tome al respecto. Sin embargo, cuando el paciente ha decidido aceptar la orden de su médico tratante, la EPS está en la obligación de entregar los medicamentos, si... hace parte del POS y cuando están excluidos, su entrega depende de la previa verificación de los demás requisitos definidos por esta Corporación”.

iii. Esta Corte, de forma excepcional, ha permitido el suministro de elementos o medicamentos, aun cuando no existe orden de un médico tratante, siempre y cuando se pueda inferir de algún documento aportado al proceso –bien sea la historia clínica o algún concepto médico– la plena necesidad de suministrar lo requerido por el accionante.

Por ejemplo, la Sentencia T-899 de 2002, tuteló los derechos a la salud y a la vida digna de quien sufría incontinencia urinaria como causa de una cirugía realizada por el Instituto de Seguros Sociales (ISS), y se concedió el otorgamiento de pañales que no habían sido formulados médicamente. En el fallo se ordenó la entrega de los referidos elementos, dada la necesidad de esos implementos para preservar la dignidad humana y la carencia de recursos de la peticionaria para pagarlos.

(...)

*51. Finalmente, en torno a **la cuarta subregla**, referente a la capacidad del paciente para sufragar los servicios, esta Corte ha insistido que debido a los principios de solidaridad y universalidad que gobiernan el Sistema de Seguridad Social en Salud, el Estado, a través del Fondo de Solidaridad y Garantías-FOSYGA- hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, sólo puede asumir aquellas cargas que, por real incapacidad, no puedan costear los asociados.*

*En cuanto a la capacidad económica para sufragar los gastos de medicamentos, tratamientos o elementos, que no es una cuestión de cantidad sino de calidad, toda vez que depende de las condiciones socioeconómicas específicas en las que el interesado se encuentre y de las obligaciones que sobre él recaigan. Al respecto, la ya citada **Sentencia T-760 de 2008**, señaló que dado que el concepto de mínimo vital es de carácter cualitativo, y no cuantitativo, se debe proteger el derecho a la salud cuando el costo del servicio "afecte desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona".*

De este modo, la exigencia de acreditar la falta de recursos para sufragar los bienes y servicios médicos por parte del interesado, ha sido asociada a la primacía del interés general, al igual que al principio de solidaridad, dado que los particulares tienen el deber de aportar su esfuerzo para el beneficio del interés colectivo y contribuir al equilibrio y mantenimiento del sistema.

52. Mediante la Resolución 3951 de 2016, el Ministerio de Salud y Protección Social estableció un nuevo procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.

53. Ahora bien, recientemente el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución N° 5269 de 2017 que tiene por objeto actualizar de manera integral el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC como mecanismo de protección colectiva y establecer las coberturas de los servicios y tecnologías en salud que deberán ser garantizados por las EPS en el territorio nacional."

Por su parte, la Ley 1438 de 2011 en el artículo 25 establece que el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, deberá actualizarse integralmente una vez cada dos (2) años atendiendo a cambios en el perfil epidemiológico y carga de la enfermedad de la población, disponibilidad de recursos, equilibrio y medicamentos extraordinarios no explícitos dentro del citado plan. Que dicha actualización se ha realizado en dos vigencias consecutivas, a saber. 2018 y 2019, según las Resoluciones 5269 de 2017 y 5857 de 2018, respectivamente. Recientemente, la actualización se hizo por la Resolución No. 3512 del 26 de diciembre de 2019.

5. HECHOS PROBADOS

En el asunto bajo examen se encuentra acreditado que el señor Carlos Kerkelén Arango fue valorado por medicina especializada en dermatología el 29 de noviembre de 2019 y se le diagnosticó "XEROSIS CUTIS", para lo cual se adoptó el siguiente plan de tratamiento: *"cuidado piel y Lubriderm crema, #4, aplicar 2 veces en cuerpo por 2 meses"*. (FL. 14)

El 16 de enero de 2020, el Consorcio Fondo Nacional de Salud PPL emitió autorización de servicio CFSU1258034 a favor del accionante, para *"eventrorrafía con colocación de malla"* y *"herniorrafía epigástrica vía abierta"*, a practicarse en el Hospital San José de Popayán (FL.25)

El 03 de febrero de 2020, el Consorcio expidió otra autorización de servicios CFSU1271420 para *"inserción de catéter epidural en canal espinal para infusión de sustancia terapéutica o paliativa, inyección de anestesia en nervio de faceta articular vertebral con fines analgésicos"*. (FL.25 reverso)

De fecha 4 de febrero de 2020, obra orden médica de salida, con las siguientes recomendaciones: *"- recomendaciones y signos de alarma: dolor en sitios de punción, sitios de punción se coloquen rojos, caliente, salga pus o sangre, fiebre, dificultad para respirar, dificultad para mover área intervenida, - continuar medicamentos formulados en la consulta, - asistir a consulta ambulatoria por medicina del dolor en 30 días"*. (FL.31)

Se aportó registro de epicrisis del 4 de febrero de 2020, con el siguiente diagnóstico de egreso: *"hernia umbilical sin obstrucción ni gangrena"* y *"otro traumatismo de la médula espinal lumbar"*. (FL.31 reverso)

Obra igualmente una solicitud de examen para *"consulta de control o seguimiento por dolor y cuidados paliativos"*, de fecha 4 de febrero de 2020. (FL.33)

El 6 de febrero de 2020, se elaboró "solicitud de medicamentos", con fórmula No. 858636, incluyendo: *"sulfadiazina de plata tarro (ilegible) cefalexina cápsulas (ilegible)..."*

EXPEDIENTE:
ACCIONANTE:
ACCIONADO:
ACCIÓN:

19001-33-31-008-2020-00033-01
CARLOS MARIO KERKELEN ARANGO
EPCAMSPY- INPEC
TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

También está probado que los días 13 y 18 de febrero de 2020 se entregó al accionante los medicamentos: "ACETATO DE ALUMINIO 0.0059% PH 4.5 LOCIÓN (LICOL) (VMR) FCO X 120 ML (2) IBUPROFENO 400 MG TABLETA (GENFAR) (20). (FLS.37 a 40)

Mediante informe del 22 de abril de 2020, enviado al correo electrónico del despacho sustanciador, el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL allegó constancia de la entrega de UNA crema LUBRIDERM EXTRA HUMECTANTE x 400 ML, precisando que dicho producto no se encuentra dentro del plan de beneficios en salud por ser un elemento COSMÉTICO.

De otra parte, a fecha 22 de abril de 2020, el INPEC allegó el siguiente informe, aunque sin los soportes respectivos que acrediten las actuaciones:

"En aras de evidenciar el cumplimiento a lo ordenado en fallo de tutela, se informa que revisada la totalidad de la historia clínica al interno CARLOS MARIO KERKELEN ARANGO, se evidencia lo siguiente:

*El día **17 de enero de 2020**, se realizó el Procedimiento Quirúrgico de Herniorrafía Epigástrica con Colocación de Malla, la cual se practicó sin ninguna complicación en el Hospital Universitario San José. Fue dado de alta el mismo día en horas de la tarde con las siguientes recomendaciones:*

1.- Dieta Rica en frutas y Verduras 2.- Tratamiento Farmacológico con acetaminofén, nimesulide por 3 días 3.- dar cita por consulta externa de Cirugía en 20 días 4.- Retiro de puntos en Nivel I 5.- Incapacidad Media por 15 días 6.- Si presenta salida de pus o se pone rojo, consultar por Urgencias 7.- Reposo.

*El día **13 de febrero de 2020** se realizó control por especialista en Cirugía General en el mismo Hospital donde se realizó la cirugía, donde se describe:*

MOTIVO DE CONSULTA: Control ENFERMEDAD ACTUAL: Post - Operatorio de Herniorrafía Epigástrica recidivada (sic.) con Malla del 15 de enero de 2020. ISO posterior. Manejo con TEO, herida cerrando por segunda intención. IMPRESIÓN DIAGNÓSTICA: Z988 OTROS ESTADOS POSTQUIRURGICOS ESPECIFICADOS. CONDUCTA: 1.- Control en un mes con Cirugía General 2.- Valoración por Medicina del Dolor 3.- Tres curaciones por Semana por Comité de Curaciones COMENTARIO CLÍNICO: Postoperatorio con evolución a la mejoría.

Para las atenciones con medicina del dolor ya se iniciaron los trámites de para la programación de dicha valoración y la Autorización para interconsulta con Cirugía General ante el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019 a través de su Plataforma de Millenium.

*El día **19 de septiembre de 2019** fue valorado por Especialista en Medicina del Dolor y Cuidados Paliativos en el Hospital San José, donde se describe: MOTIVO DE CONSULTA: Dolor Lumbar Crónico ENFERMEDAD ACTUAL: Paciente que recibió herida por arma de fuego en 2005 en columna lumbar, con lesión del ciático, dolor radicular a miembro inferior izquierdo, en manejo crónico en Cali con Neuromodulación, refiere que requirió manejo quirúrgico en Clínica Imbanaco Cali."*

6. CASO CONCRETO

Dentro del plenario se encuentra acreditado que por medicina especializada en dermatología el 29 de noviembre de 2019, se le diagnosticó al interno: "XEROSIS CUTIS", para lo cual se adoptó el siguiente plan de tratamiento: "cuidado piel y Lubriderm crema, #4, aplicar 2 veces en cuerpo por 2 meses". (FL. 14) Posteriormente, el 4 de febrero de 2020, se le diagnosticó: "hernia umbilical sin obstrucción ni gangrena" y "otro traumatismo de la médula espinal lumbar". (FL.31 reverso)

El 16 de enero de 2020, el Consorcio Fondo Nacional de Salud PPL emitió autorización de servicio CFSU1258034 a favor del accionante, para "eventrorrafía con colocación de malla" y "herniorrafía epigástrica vía abierta", a practicarse en el Hospital San José de Popayán (FL.25); y el 03 de febrero de 2020, el Consorcio expidió otra autorización de servicios CFSU1271420 para "inserción de catéter epidural en canal espinal para infusión de sustancia terapéutica o paliativa, inyección de anestesia en nervio de faceta articular vertebral con fines analgésicos". (FL.25 reverso)

De acuerdo con lo probado en el expediente, sólo hay prueba de la entrega de 1 (una) crema Lubriderm, según informe del Consorcio Fondo de Atención en Salud del 22 de abril de 2020, razón por la cual se deduce que no se ha dado cabal cumplimiento a la prescripción médica, pues eran 4 las unidades que debía suministrar para efectuar el tratamiento; y respecto de los procedimientos ordenados, la Sala observa que si bien el EPCAMSPY aportó un informe indicando que el 17 de enero de 2020 se realizó la *herniorrafía*, y el 13 de febrero un control post operatorio de la misma, no se allegaron los soportes para acreditarlo, de manera que no se tiene plena certeza de las afirmaciones de la entidad. Tampoco probó el Consorcio la práctica de la "inserción de catéter epidural" al accionante, o al menos que se haya fijado fecha para su realización; sólo se acreditó la entrega de un acetato de aluminio e ibuprofeno, sin actuaciones adicionales.

En este orden de ideas, las órdenes emitidas por la Juez A quo encaminadas a dar continuidad y culminación del tratamiento para el diagnóstico XEROSIS CUTIS, así como la efectividad de las autorizaciones antes referidas, y el tratamiento integral de sus diagnósticos conforme lo establezca el médico tratante, resultan pertinentes para garantizar el derecho fundamental a la salud del interno, pues no hay pruebas de la cabal ejecución de las prescripciones médicas por parte del Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL; por este motivo, serán confirmadas.

Ahora, en cuanto al argumento en que basa su impugnación el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL, referido a que la crema LUBRIDERM no se encuentra incluida dentro del Plan de Beneficios en Salud- PBS, la Sala pasa a examinar si se cumplen las subreglas establecidas por la jurisprudencia constitucional para el suministro de medicamentos e insumos no cubiertos por el PBS.

En primer lugar, debe mencionarse que la crema LUBRIDERM no se encuentra dentro del listado de tecnologías y servicios del Plan de Beneficios, según se observa en las resoluciones 3512 y 244 de 2019 del Ministerio de Salud y Protección Social. No obstante, la Jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa al señalar que a manera de excepción, debe garantizársele a una persona el acceso a medicamentos, tratamientos, insumos o elementos médicos que en principio no se encuentran cubiertos por el plan de beneficios de salud, cuando se reúnen ciertas circunstancias que hacen imperativo su prestación o suministro, cuya materialización en el presente caso, se examinará a continuación:

"(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad;

En el sub examine, la Sala encuentra que si se cumple, porque el diagnóstico que padece el accionante (XEROSIS CUTIS o piel seca), según la literatura médica,⁶ implica que por la resequedad de la piel, puede generar molestias, picazón, piel irritada roja o rosa y finas grietas, y si llega a ser grave, puede afectarlo tanto física como emocionalmente, siendo necesario seguir una rutina de cuidado cutáneo adecuada, que no empeore la condición y proporcione cuidado e hidratación suficientes, todo lo cual indica que su dignidad como humano se ve afectada por cuenta de la omisión del Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL, porque impide seguir el plan de tratamiento prescrito por el médico especialista en dermatología que incluye la crema extra líquida humectante LUBRIDERM, y con ello, se somete al interno a padecer afecciones físicas y de salud con aquiescencia del Estado, lo que sería una afrenta a la dignidad humana, como derecho fundamental y principio constitucional. En este sentido, se colige que brindar la crema prescrita garantiza en mayor medida la integridad y dignidad humana del interno.

6 *"¿Qué es xerosis cutis? Xerosis cutis es el término médico para la piel anormalmente seca. Este nombre proviene de la palabra griega "xero", que significa seco. La piel seca es frecuente, especialmente en adultos mayores. Por lo general, es un problema menor y temporal, pero puede causar molestias. Tu piel necesita humedad para mantenerse suave. A medida que envejeces, retener la humedad en la piel se vuelve más difícil. La piel puede volverse seca y áspera, ya que pierde agua y aceites. ¿Cuáles son los síntomas de la xerosis cutis? Los síntomas de la xerosis cutis incluyen: piel seca, picazón y escamosa, especialmente en los brazos y las piernas, piel que se siente apretada, especialmente después del baño, piel blanca y escamosa, piel irritada roja o rosa, finas grietas en la piel (...)" <https://www.healthline.com/health/xerosis> "La mayoría de la gente ha experimentado Xerosis, o piel seca, en alguna etapa de su vida. Cuando llega a ser grave, puede afectar a las personas tanto física como emocionalmente. Seguir una rutina de cuidado cutáneo adecuada, que no empeore la condición y proporcione cuidado e hidratación suficientes, es la clave para controlar los síntomas de la Xerosis." <https://www.eucerin.com.mx/acerca-de-la-piel/indicaciones/xerosis>*

(ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad;

Sobre este aspecto en particular, el Consorcio PPL no acreditó que la crema LUBRIDERM pueda ser sustituida por otro elemento o insumo, bien sea por un cambio de la prescripción médica por el médico tratante o un segundo concepto médico, por lo que no se podría tener por acreditado este segundo supuesto.

Recuérdese que en principio, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, es el criterio autónomo del médico tratante el que debe aplicarse, garantizándose el servicio de salud que estime adecuado para el paciente, esté o no incluido en el PBS, como quiera que es la *"persona capacitada, con criterio científico y que conoce al paciente"*⁷

(iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente;

En efecto, se encuentra acreditado a folio 18 que la orden para: LUBRIDERM CREMA, cantidad 4, fue emitida por la IPS autorizada por el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL, la IPS SIEMPREE S.A.S.

(iv) y que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado".

En este caso, la carga de la prueba reside en cabeza del Consorcio PPL, por cuanto es la parte más fuerte en la relación con el recluso y está en mejor situación para probar, y no probó el supuesto en examen.

En definitiva, el Consorcio deberá garantizar el cabal cumplimiento de la prescripción médica de la especialista en dermatología y suministrar la crema LUDRIDERM en las cantidades indicadas en aquella, así no se encuentre dentro del PBS, tal como lo consideró la Juez A quo.

Por todo lo expuesto, se confirmará el fallo de primera instancia en su integralidad.

III. DECISIÓN

⁷ Cfr. Sentencias T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), apartado 4.4.2., y en Sentencia T-320 de 2009 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), en esta última, respecto del concepto del médico tratante señaló: "[c]omo se indica, el servicio que se requiere puede estar o no dentro del plan obligatorio de salud. En ambos supuestos, la jurisprudencia constitucional ha estimado que ello debe ser decidido por el médico tratante, al ser la persona capacitada, con criterio científico y que conoce al paciente. Según la Corte, el médico tratante es aquel que se encuentra adscrito a la entidad encargada de la prestación; por ende, en principio, se ha negado el amparo cuando no se cuenta con su concepto."

EXPEDIENTE:
ACCIONANTE:
ACCIONADO:
ACCIÓN:

19001-33-31-008-2020-00033-01
CARLOS MARIO KERKELEN ARANGO
EPCAMSPY- INPEC
TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

Por lo expuesto, el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA:

PRIMERO. CONFIRMAR la Sentencia No. 048 del 04 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, conforme lo expuesto.

SEGUNDO. NOTIFICAR la presente decisión a las partes y a los interesados por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO. ENVIAR el expediente de tutela a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por el Tribunal en sesión virtual de la fecha.

Los Magistrados,



CARLOS H. JARAMILLO DELGADO



NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ



DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO