



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, dieciocho (18) de abril de dos mil trece (2013)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 035

TEMAS:

DERECHO A LA SALUD Y PRINCIPIO DE ATENCIÓN INTEGRAL - PRESTACIÓN DE SERVICIOS INCLUIDOS EN EL P.O.S.-S A CARGO DE LA ENTIDAD PRESTADORA DE SALUD - FACULTAD DE RECOBRO DE LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ANTE EL ENTE TERRITORIAL DE SALUD - CONSIDERACIONES EN TORNO A LA POSICIÓN DE LA SALA SEGUNDA DE REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN TORNO AL PROCEDIMIENTO CONTENIDO EN LA LEY 1438 DE 2011

INSTANCIA:

SEGUNDA

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la parte accionada en oposición a la sentencia del 15 de marzo de 2013 proferida por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO SUCRE dentro del proceso que en ejercicio de la ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE TUTELA instauró INGRID GREY PUCHE GÓMEZ en representación de FRANCISCO MANUEL RÍOS PUCHE en contra de CAPRECOM E.P.S.-S.,



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

con vinculación oficiosa del MUNICIPIO DE SINCELEJO y el DEPARTAMENTO DE SUCRE.

1. ANTECEDENTES

1.1. La Demanda:

INGRID GREY PUCHE GÓMEZ en representación de su menor hijo FRANCISCO MANUEL RÍOS PUCHE presentó ACCIÓN DE TUTELA en contra de CAPRECOM E.P.S.-S., por la presunta vulneración de sus Derechos Fundamentales a la vida, Salud y a la dignidad humana.

1.2. Reseña Fáctica:

Manifiesta ser desplazada por la violencia del conflicto armado surgido en la vereda de naranjal jurisdicción del municipio de Los Palmitos y que por ende se encuentra registrada en el RUPD.

Afirma que debido a la inclusión en el RUPD se encuentra afiliada al régimen subsidiado en salud, exactamente en CAPRECOM E.P.S.-S., dentro del listado censal de la población desplazada “Nivel N”, exenta de copagos y cuotas moderadoras.

Asegura que a los 6 meses de haber nacido su hijo empezó a presentar graves quebrantos de salud, producto de malformación artero – venosa cerebral, lo cual le produjo convulsiones, dejando así secuelas (hemiparecia izquierda); por lo que el médico tratante le ordenó medicamentos no incluidos en el P.O.S.-S. (sic), el cual es OTP CON REALCE DE 1 CENTÍMETRO (Zapatos Ortopédicos) y que una vez realizados los trámites para la entrega de estos, la entidad accionada negó su entrega.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

Precisó que el día 8 de febrero del presente año, CAPRECOM E.P.S.-S. envió la petición de medicamentos para su menor hijo a la Secretaría de Salud Municipal, sustentando que no le haría la entrega del medicamento, toda vez que este no se encuentra incluido en el P.O.S.-S.

Arguye que debido a la situación de discapacidad su hijo no le permite trasladarse en un vehículo de servicio público, sin que se ponga en riesgo su salud, su vida y/o integridad física.

Finalmente, expresa que su hogar es de escasos recursos y que no cuentan con los medios económicos que les permitan el pleno disfrute de los derechos invocados.

1.3. Las Pretensiones:

Solicita le sean tutelados a su menor hijo sus Derechos Fundamentales a la vida, salud y a la dignidad humana.

Que como consecuencia de lo anterior, se le ordene a CAPRECOM E.P.S.-S., proveer los medicamentos (sic) OTP CON REALCE DE 1 CENTÍMETRO (Zapatos Ortopédicos).

Igualmente, se le ordene a la entidad accionada realizar el tratamiento integral hasta la recuperación de su menor hijo FRANCISCO MANUEL RÍOS PUCHE, del mismo modo, solicita la provisión de los medicamentos, tratamientos, cirugías y procedimientos que estén o no en el P.O.S.-S., sin más requisitos que la prescripción del médico tratante, al igual que el servicio de transporte o los recursos para el pago del mismo, así como los gastos de estadía y alojamiento del paciente y su acompañante cuando así se requiera.



2. ACTUACIÓN PROCESAL

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la Demanda: 5 de marzo de 2013 (fol. 14).
- Admisión de la demanda: 7 de marzo de 2013 (fol. 17).
- Notificación a las partes: 7 de marzo de 2013 (fol. 19 y ss.).
- Contestación a la demanda Secretaria de Salud Departamental: 13 de marzo de 2013 (fol. 25 y ss.).
- Contestación de la demanda Secretaria de Salud Municipal: 13 de marzo de 2013 (fol. 34).
- Contestación de la demanda CAPRECOM E.P.S.-S.: 18 de marzo de 2013 (fol. 59 y ss.)
- Sentencia de primera instancia: 15 de marzo de 2013 (fol. 50 y ss.).
- Notificación a las partes: 18 de marzo de 2013 (fol. 86 y ss.).
- Impugnación ente accionado CAPRECOM E.P.S.-S.: 22 de marzo de 2013 (fol. 90 y ss.).
- Concesión de la impugnación: 3 de abril de 2013 (fol. 96).
- En la Oficina Judicial (Reparto): 11 de abril de 2013 (fol. 1 c-2).
- Secretaria del Tribunal: 12 de abril de 2013 (fol. 2 c-2)

3. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El Juez de primera instancia concedió parcialmente el amparo solicitado por la accionante, tras considerar que existió una flagrante vulneración de los Derechos Fundamentales a la vida, a la salud y a la dignidad humana del actor, toda vez que con la negativa de lo prescrito por el médico tratante, OTP CON REALCE DE 1 CENTÍMETRO para miembro inferior izquierdo, por parte de la entidad accionada se ha afectado el núcleo esencial de los derechos citados, en virtud de que la misma no responde a los lineamientos esbozados por la jurisprudencia



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

constitucional, al notarse que con la no prestación de lo ordenado por el médico tratante se afectan las condiciones mínimas de existencia del menor.

La *A quo* negó el petitum del numeral segundo de la presente acción, tras considerar que no se evidenció vulneración diferente al que fue motivo tutelar, el cual no involucra según el juez de instancia en su totalidad las demás actuaciones, suministros y satisfacciones del concepto de seguridad social en relación a la patología del menor.

4. LA IMPUGNACIÓN

La parte accionada CAPRECOM E.P.S.-S. impugnó la sentencia en mención el 22 de marzo de 2013, sustentando que esta le ha venido prestando toda la atención en salud que ha necesitado el menor FRANCISCO MANUEL RÍOS GÓMEZ, en lo relacionado a lo de su competencia, como consta en las autorizaciones de servicio NUA.

Del mismo modo, afirma que la competencia para el suministro de servicios que no están incluidos dentro del plan de Beneficios del Régimen Subsidiado es de la Secretaría de Salud Departamental y no de CAPRECOM E.P.S.-S., toda vez que los aquí pedidos son NO P.O.S.-S.

5. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los antecedentes planteados, corresponde a esta Sala determinar si:

¿Se vulnera el derecho a la vida, salud y seguridad social del paciente afiliado al régimen subsidiado, al que se le niegan la autorización y práctica del procedimiento médico requerido?



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

De ser positivo lo anterior ¿es deber de la entidad promotora de salud autorizar la práctica de los procedimientos médicos, entrega de medicamentos y otros servicios demás a sus afiliados, que se encuentran incluidos dentro del plan obligatorio de salud subsidiado P.O.S.-S?

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación interpuesta en la presente Acción Constitucional, según lo establecido por el Decreto Ley 2591 de 1991 en su artículo 32, en Segunda Instancia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la C.P. y el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ejercerse con el objeto de reclamar la protección inmediata de los Derechos Constitucionales Fundamentales, cuando estos se vean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, y procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, caso en el cual debe aceptarse su procedencia y amparar los derechos fundamentales, si hay lugar a ello.

Por su parte, el artículo 49 de la Constitución Política de 1991 consagra a favor de todas las personas, el derecho a reclamar del Estado, en cumplimiento de los fines que le son propios, les garantice la prestación del servicio público de salud. La Corte Constitucional, ha sido reiterada en afirmar que el carácter de fundamental de un derecho, no lo determina que el texto constitucional lo diga de forma expresa o su ubicación formal en el mismo, por lo que la definición de estos se basa en el concepto de dignidad humana, el cual ha de ser apreciado en el contexto en que se encuentra cada persona y el caso concreto, como lo regula el artículo 2 del Decreto 2591 de 1991.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

Analizado lo antes mencionado, para abordar el tema puesto a consideración de la Sala, se estudiará el derecho a la salud y la atención integral, la prestación de servicios incluidos en el P.O.S.-S. a cargo de la entidad prestadora de salud del régimen subsidiado E.P.S.-S, la facultad de recobro por parte de la entidad prestadora del servicio en régimen subsidiado en salud ante el ente territorial encargado y las consideraciones en torno a la posición de la sala segunda de revisión de la Corte Constitucional en torno al procedimiento contenido en la Ley 1438 de 2011

6.1. DERECHO A LA SALUD Y PRINCIPIO DE ATENCIÓN INTEGRAL

El derecho a la salud, consagrado en nuestra carta política a través del artículo 46, manifestando de manera concreta, el ser un servicio que se presta a toda persona, garantizando el acceso a la promoción, protección y recuperación de la salud, y como deber primordial del Estado de dirigir y reglamentar la prestación de servicios a los habitantes de todo el territorio colombiano, de conformidad a los postulados y principios constitucionales.

La Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-325 de 2008, entendió que el derecho a la salud, al estar consagrado constitucionalmente como un servicio público y un derecho asistencial, era uno de aquellos que para ser objeto de protección a través del mecanismo de tutela era necesario que su desconocimiento conllevara a su vez, a la amenaza o violación de un derecho fundamental, para así ser protegido o amparado en uso propio de la figura de la conexidad, posición esta que a su vez ha evolucionado y que en la actualidad a la luz de la sentencia T-760 de 2008 de la misma corporación, hace que la salud sea, en ciertas condiciones, un derecho fundamental de forma directa, aplicando para ello el principio de progresividad de los derechos sociales, y los propios principios del sistema general de seguridad social en salud, como lo es la integralidad de la atención en salud.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

Frente a lo expuesto, es de recalcar que la misma Corte Constitucional en sus múltiples fallos de revisión, ha sostenido que una de las manifestaciones del derecho fundamental a la salud es el recibir la atención en salud definida en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, así como el definido en la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. De allí, que cada vez que se niegue un servicio, tratamiento o un medicamento señalado o no en el POS esté frente a una presunta violación del derecho fundamental a la salud, su verificación y posterior resolución corresponde al juez de tutela.

Además, la protección del derecho a la salud consagrada en el ordenamiento constitucional, se complementa con la normativa internacional adoptada por Colombia, como lo es dentro del sistema universal de derechos humanos el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece en su párrafo 1 que *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; ...”*

De igual manera, en el sistema interamericano de derechos humanos, encontramos una norma que consagra y reglamenta el derecho en estudio, como lo es el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que contiene una de las disposiciones más completas y exhaustivas sobre el derecho a la salud, en donde se establece las obligaciones de los Estados partes sobre el tema, así:

“Artículo 12

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

A lo anterior se suma que el derecho a la seguridad social hace referencia a los medios de protección institucional para amparar a la persona y a su familia frente a los riesgos que atenten contra la capacidad de estos para generar los ingresos suficientes a fin de gozar de una existencia digna y enfrentar contingencias como la enfermedad, la invalidez o la vejez, frente a lo cual la Constitución Política establece que es un servicio público de carácter obligatorio, prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Es así como la salud se convierte en un derecho no solo de rango constitucional, sino que toma amplitud en el amparo de normas de carácter internacional, por sus características especiales e importancia que tiene su eficaz cubrimiento.

Teniendo en cuenta la relevancia para la debida prestación del servicio a la salud, la H. Corte Constitucional ha manifestado lo valioso de que este derecho se preste con base en el principio de Atención Integral, manifestando lo siguiente:

“El ordenamiento jurídico colombiano ha prescrito que el derecho a la salud debe prestarse conforme con el principio de atención integral. En primer lugar, podemos mencionar la sentencia T 760 de 2008 en la que 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 requiera ‘con necesidad’ (que no puede proveerse por sí mismo). En otras palabras, en un estado



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

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).¹(Subrayas pertenecientes a la Sala).

Este concepto del principio de atención integral, ha sido tomado por la Corte, en el entendido de que no solo se atiende a lo preceptuado por la norma superior sino que se ha regulado en conjunto con las normas de la seguridad social, tales como el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, la que enuncia el principio en estudio, 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”.

De igual forma, el literal c del artículo 156 de la misma ley dispone:

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-212 de 2011. M.P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

“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.”

Es así como para la Corte Constitucional este principio, de vital importancia a la hora de aplicarlo con relación al derecho a la salud.

En concordancia con todo esto, el máximo intérprete de la constitución aplica de manera explícita y recalca de manera directa la importancia no solo de la cobertura del derecho fundamental a la salud, sino que este se haga efectivo a través del principio de atención integral, como quiera que cuando se ampare por los fallos constitucionales no quede nada al azar, que se convierta en un obstáculo para su materialización².

6.2. PRESTACIÓN DE SERVICIOS P.O.S.-S A CARGO DE LA ENTIDAD PRESTADORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO, E.P.S.-S.

El derecho fundamental a la salud comprende, entre otros, el derecho a acceder a los servicios de manera oportuna, eficaz y con calidad, cuando estos se encuentran incluidos en el plan identificado y regulado por las normas sobre el tema, en atención a que dichos contenidos se hallan regulados y financiados a través de los dos sistemas de salud existentes, el contributivo y el subsidiado. Es por ello que la Sala indicará los elementos básicos de esta prestación, haciendo énfasis en el catálogo de servicios a los que tiene derecho cualquier persona.

En primer lugar, para garantizar la prestación de los servicios de salud se requiere la existencia de un conjunto de personas e instituciones que faciliten el acceso a los mismos, teniendo en cuenta los parámetros constitucionales y legales

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-576 de 2008. *“que la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende 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 paciente”*.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

establecidos para ello. Es así que se tiene claridad de que son las E.P.S.-S., las que deben de prestar los servicios requeridos por sus afiliados, mientras estos estén cubiertos por el P.O.S.-S.

Teniendo en cuenta esto, es importante resaltar entonces, que si la entidad encargada de prestar el servicio de salud, en determinado caso niega o demora la prestación de los servicios requeridos por sus afiliados a sabiendas que estos están incluidos dentro del P.O.S.-S, so pretexto de agotar primeramente una serie de trámites administrativos antes que le sean realizados los procedimientos médicos, estarían vulnerando los derechos fundamentales que le asisten al paciente.

Al respecto el Máximo órgano Constitucional se ha pronunciado, manifestando que las entidades responsables de la prestación de los servicios de salud, tienen la obligación de garantizar el acceso a los mismos, libre de trámites y procedimientos administrativos engorrosos e innecesarios, considerando lo siguiente:

“El acceso al servicio médico requerido pasa, a veces, por la superación de determinados trámites administrativos. Esto es razonable, siempre que tales trámites no demoren excesivamente el acceso al servicio y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir. De ello también dependen la oportunidad y calidad del servicio.

La jurisprudencia constitucional ha garantizado el derecho a acceder a los servicios de salud, libre de obstáculos burocráticos y administrativos. Así, por ejemplo, cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una administración diligente, una EPS demora un tratamiento médico al cual la persona tiene derecho, viola el derecho a la salud de ésta. Los trámites burocráticos y administrativos que demoran irrazonablemente el acceso a un servicio de salud al que tienen derecho, irrespetan el derecho a la salud de las personas.

Expresamente, la regulación ha señalado que “los trámites de verificación y autorización de servicios no podrán ser trasladados al usuario y serán de carga exclusiva de la institución prestadora de servicios y de la entidad de aseguramiento correspondiente.” En especial, se ha considerado que se irrespeta el derecho a la salud de los pacientes cuando se les niega el acceso a un servicio por no haber realizado un trámite interno que corresponde a la propia entidad, como por ejemplo, ‘la solicitud de la autorización de un servicio de salud no incluido dentro del POS al Comité Técnico Científico’³

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala especial. Auto 066 de 2012. Referencia: Seguimiento al cumplimiento de la orden vigésimo tercera de la sentencia T-760 de 2008.Mp. Jorge Iván Palacio Palacio.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

Ahora bien, como regulación normativa tenemos el Acuerdo 029 de 2011 de la CRES, por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011, normativa que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud y es en este mismo acuerdo donde se fijan los procedimientos que están a cargo o no de las entidades prestadoras del servicio-E.P.S.-S., en concordancia con lo consagrado en el Acuerdo 032 de 2012, que unifica el contenido del P.O.S. y el P.O.S.-S., por lo que es esta la normativa aplicable sobre el caso sub examine, habida cuenta de que el procedimiento requerido por el paciente se encuentra incluido en el mencionado acuerdo.

Si bien es cierto, los procedimientos médicos incluidos en plan obligatorio de salud están a cargo de las E.P.S.-S., también lo es que, si este se encuentra excluido, existen mecanismos que permiten preservar el equilibrio financiero de tal manera que si el servicio lo ha de prestar la E.P.S.-S., pueden acudir al recobro frente al Estado a través de la entidad encargada de su financiamiento, quien recibe los recursos del sistema general de participación para financiar este tipo de actividades⁴ y de acuerdo a la reglamentación existente para el efecto⁵.

⁴ “Ley 715 DE 2001, “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otras”

TITULO III

SECTOR SALUD

...

CAPITULO II

Competencias de las entidades territoriales en el sector salud

...

Artículo 43. Competencia de los departamentos en salud. Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se asignan las siguientes funciones:

...

43.2. De prestación de servicios de salud

...

43.2.1. Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en **lo no cubierto con subsidio a la demanda**, que reside en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud pública o privadas.

43.2.2. Financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo **no cubierto con subsidio a la demanda y los servicios de salud mental**.

...” (Resaltado fuera del texto original)

⁵ Ver Resolución 5334 de 2008 del Ministerio de la Protección Social.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

Concluyendo de esta manera que la responsabilidad total de los procedimientos médicos, entrega de medicamentos y actuaciones incluidas dentro del P.O.S.-S., corren de manera explícita a cargo de las E.P.S.-S. Que prestan el respectivo servicio al afiliado, pudiendo recobrar aquellos que se encuentra excluidos del mismo a la entidad departamental de salud.

6.3. FACULTAD DE RECOBRO DE LA ENTIDAD PRESTADORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO E.P.S.-S. ANTE EL ENTE TERRITORIAL ENCARGADO.

Tal como se dejó plasmado en línea anteriores, si bien es cierto, los procedimientos médicos incluidos en plan obligatorio de salud del régimen subsidiado están a cargo de las E.P.S.-S, también lo es, que si este se encuentra excluido, existen mecanismos que permiten preservar el equilibrio financiero de tal manera que si el servicio lo ha de prestar la entidad respectiva, puede acudir al recobro frente al organismo estatal competente.

Este tema ha sido motivo de múltiples pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional, precisamente en aras de garantizar no solo la atención integral de las personas que necesitan con urgencia la prestación de los servicios médicos, sino también que al prestar los mismos por parte de las E.P.S.-S, ellos no se vean afectadas en su organización interna y a nivel presupuestal, pudiéndose convertir esto en un pretexto para no atender los asuntos con la mayor diligencia, por lo que se han establecido métodos que permitan llegar a una armonía en ejecución de los planes obligatorios de salud, sin tener que llegar a la vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Así las cosas, es menester analizar la aplicación de dicha facultad frente a cada caso en particular, habida consideración que dicho recobro se puede hacer efectivo en dos sentidos, **i)**. Cuando el servicio médico no se encuentra incluido dentro del P.O.S., y el paciente está afiliado al régimen Contributivo, la E.P.S.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

respectiva tendrá la facultad de repetir contra el Estado a través del FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA “FOSYGA”, y **ii)** Cuando el servicio médico no se encuentra incluido dentro del POS-S, y el paciente está afiliado al régimen Subsidiado, la E.P.S.-S. Tendrá la facultad de repetir contra el Estado a través del Ente Territorial Departamental de Salud.

En el caso *sub examine*, se tiene que el paciente se encuentra afiliado al régimen SUBSIDIADO por medio de CAPRECOM E.P.S.-S., razón por la cual se hace necesario analizar los presupuestos antes nombrados a la luz de los pronunciamientos hechos por el máximo intérprete constitucional.

Sobre este tema la H. Corte Constitucional ha manifestado:

*“Con el tiempo, la jurisprudencia constitucional fue precisando los criterios de aplicación (sic) la regla de acceso a los servicios de salud que se requerían y no estaban incluidos en los planes obligatorios de salud. Actualmente, la jurisprudencia reitera que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando **“(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, para simplificar, se dirá que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera [que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv)] con necesidad [condición (iii)]. Como lo mencionó esta Corporación, “(...) esta decisión ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud, como en el régimen subsidiado, indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección, a la enfermedad que padece la persona o al tipo de servicio que ésta requiere*

...

De cumplirse con los requisitos antes mencionados, la entidad prestadora de servicios se verá obligada a proporcionar y pagar el tratamiento requerido por el paciente así éste no se



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

*encuentre incluido dentro del plan obligatorio de salud -POS-. **Sin embargo, la respectiva EPS aún cuenta con la posibilidad de recurrir al Fondo de Solidaridad y Garantías o a la entidad territorial correspondiente** para recobrar los gastos en que haya tenido que incurrir para sufragar el tratamiento o procedimiento que tuvo que prestar por fuera del plan obligatorio de salud”⁶(Negrillas y Subrayas de la Sala).*

En igual sentido la Corporación ha señalado:

“(...) cuando por el acatamiento de lo descrito en el Plan Obligatorio de Salud, se causa un perjuicio a derechos fundamentales como la vida, la integridad personal o la dignidad de la persona que requiere de los servicios por ellas excluidos, tal reglamentación debe inaplicarse y se debe ordenar su suministro, para garantizar el goce efectivo de los derechos y garantías constitucionales. Así, cada situación concreta deberá ser evaluada, pues en casos de enfermedad manifiesta y ante la urgencia comprobada de la necesidad de esos servicios, no existe norma legal que ampare la negativa de prestarlos ya que por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema. En tales casos, ha determinado la Corporación, que los costos del tratamiento serán asumidos por la entidad del sistema a que corresponda la atención de la salud del paciente, pero ésta, tendrá derecho a la acción de repetición contra el Estado, para recuperar aquellos valores que legalmente no estaba obligada a sufragar.”⁷.

Posteriormente la Corte Constitucional a través del pronunciamiento hecho por medio de la sentencia T-760 de 2008, que sistematizó y compiló las reglas jurisprudenciales referidas al derecho a la salud, indicó con relación a la facultad de recobro lo siguiente:

“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 sí 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.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-233 de 2011.MP. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-223 de 2006. MP. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

Así, pues, deben cumplirse dos condiciones para que se autorice a la EPS a ejercer la facultad de recobro ante el Estado. Por un lado, que el accionante requiera determinado medicamento o tratamiento que no se encuentre incluido en el plan obligatorio de salud y que este sea esencial para salvaguardar su derecho fundamental a la salud. Y por el otro, que la persona no tenga la capacidad de pago para asumir personalmente el costo del tratamiento o medicamento que requiere.”(Negrillas de la sala).

Una vez analizado lo referenciado, se concluye entonces que si los tratamientos que se ordenen se encuentran excluidos del plan obligatorio salud P.O.S.-S, el ente accionado, atendiendo al principio de atención integral, debe prestar los servicios requeridos, teniendo la facultad de recobro frente al Estado a través del ente territorial correspondiente.

6.4. LA POSICIÓN DE LA SALA SEGUNDA DE REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN TORNO AL PROCEDIMIENTO CONTENIDO EN LA LEY 1438 DE 2011

No puede dejar pasar la Sala inadvertida, una nueva posición asumida por una Sala de Revisión de la CORTE CONSTITUCIONAL, en torno a la posible existencia de un trámite judicial, que haga improcedente la ACCIÓN DE TUTELA en torno a los servicios de salud no incluidos en el POS, por la expedición de la Ley 1438 de 2011, norma que consagra la siguiente facultad de la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD:

“ARTÍCULO 126. FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Adiciónense los literales e), f) y g), al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, así:

“e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo;

f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

Modificar el parágrafo 2o del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, el cual quedará así:

“La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

La solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud se dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad”.

En torno a dicho trámite, la Sala Segunda de Revisión de Tutelas de la CORTE CONSTITUCIONAL, ha considerado:

“El proceso legalmente establecido por la Ley 1438 de 2011 a cargo de la Superintendencia de Salud, es un mecanismo idóneo para la protección del derecho a la salud en el presente caso, razón por la cual debe intentarse antes de acudir a la demanda de tutela, para cumplir el requisito de subsidiaridad.”⁸

Esta Corporación no comparte que un trámite “judicial” ante una autoridad administrativa, pueda ser interpretado como un mecanismo idóneo para proteger el derecho a la salud, frente a la acción de tutela que se ha convertido en el medio por excelencia para la protección de este derecho ahora interpretado como fundamental de forma directa, y por otro lado, no puede ser acogida dicha posición, dado que no deja de ser una interpretación aislada de una Sala de la

⁸ Sentencia T-914 de 2012, Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO. Dicha posición se reitera en la sentencia T-916 de 2012, y en la sentencia T-004 de 2013, de la misma Sala Segunda de Revisión de Tutela, con la morigeración en la última de las sentencias en cita, de que la tutela es procedente cuando existe un perjuicio irremediable.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

Corte, materializada en tan solo las 3 providencia citadas, existiendo una línea uniforme, tanto anterior como posterior a las decisiones en mención, en donde el Máximo Intérprete de la Constitución ha consolidado una serie de subreglas interpretativas para la procedencia de la tutela en pro de garantizar el derecho fundamental que se analiza⁹.

Por ello, para esta Colegiatura, la tutela sí es el mecanismo adecuado para la protección del derecho a la salud.

7. EL CASO CONCRETO

Analizados los hechos de la demanda, encontramos que efectivamente el niño accionante cuenta con 9 años de edad¹⁰ y se encuentra afiliado a CAPRECOM E.P.S.-S. régimen subsidiado en salud¹¹.

Establece la actora que su menor hijo padece de una malformación artero – venosa cerebral, consecuente con ello le produjo secuelas HEMIPARECIA IZQUIERDA y que según directrices del galeno tratante se necesitaba de OTP CON REALCE DE 1 CENTÍMETRO (Zapatos Ortopédicos). La anterior afirmación se puede corroborar como verdadera según resumen de la orden médica del mismo¹² en donde efectivamente el Dr. Walberto Rojas Mulett, fisiatra

⁹ Resalta la Sala, que con fecha posterior a las providencias citadas en el pie de página anterior, encontramos las siguientes, en las que la CORTE CONSTITUCIONAL mantiene su férrea línea de procedencia de la tutela como medio procesal adecuado para proteger la salud, posición esta que si se comparte. Entre ellas tenemos las siguientes sentencias:

- T-926 de 2012.
- T-963 de 2012.
- T-964 de 2012.
- T-975 de 2012.
- T-979 de 2012.
- T-989 de 2012.
- T-1076 de 2012.

¹⁰ Fol. 11. Cuaderno principal.

¹¹ Fol. 11. Cuaderno principal.

¹² Fol. 10. Cuaderno principal.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

tratante, manifiesta la necesidad del aditamento en mención que requiere el menor hijo de la tutelante y que le ha sido negado por parte de CAPRECOM E.P.S.-S.

Se observa igualmente de la historia clínica expedidas por el galeno tratante el día 28 de enero de 2013¹³, la necesidad del tratamiento requerido por el actor, por lo que se corrobora la afección padecida.

Por ello, es importante resaltar que dicho suministro médico se encuentra incluido dentro del PLAN OBLIGATORIO DE SALUD SUBSIDIADO-POS-S¹⁴, tal como fue considerado por la Juez de instancia, razón por la cual no es de recibo para esta Corporación la negativa por parte de la entidad accionada CAPRECOM E.P.S.-S. de autorizar la entrega del mismo al menor actor.

Frente lo anterior, es de señalar que la entidad quien en un principio estuvo vinculada a la demanda de tutela, esto es la Secretaria de Salud Departamental de Sucre, contestó la demanda sin controvertir lo dicho en el trámite constitucional y manifestado que dicho procedimiento si se encontraba incluido dentro del POS-S, tal como se pudo observar anteriormente, igualmente que la entidad tutelada CAPRECOM E.P.S.-S. no se opuso a lo dicho por el accionante en cuanto a su estado de salud y la necesidad del tratamiento médico requerido, OTP CON REALCE DE 1 CENTÍMETRO (Zapatos Ortopédicos), así como tampoco desvirtuó los documentos allegados por ésta, por consiguiente, se tendrán por ciertos esos hechos.

Así las cosas, no cabe duda que el paciente requiere de urgencia que el suministro médico le entregado sin más dilaciones por parte de CAPRECOM E.P.S.-S., así

¹³ Fol. 13. Cuaderno principal.

¹⁴ “ARTÍCULO 41. APARATOS ORTOPÉDICOS. En el Plan Obligatorio de Salud se encuentran cubiertas las prótesis y ortesis ortopédicas y otras estructuras de soporte para caminar, siendo excluidas todas las demás. En aparatos ortopédicos se suministrarán muletas, caminadores y bastones, siendo excluidas todas las demás y en concordancia con las limitaciones explícitas establecidas en el presente Acuerdo.

PARÁGRAFO. Las tecnologías en salud descritas en el presente artículo se darán en calidad de préstamo en los casos en que aplique, con el compromiso de devolverlas en buen estado, salvo el deterioro normal. En caso contrario deberán ser restituidas en dinero por su valor comercial.” Acuerdo 029 de 2011 CRES. Anexo No. 2 (Descripción: Craniectomía SOD nivel 3).



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

como también es un hecho cierto que dicho tratamiento se encuentra incluido dentro del P.O.S.-S.¹⁵, por lo que es a la entidad accionada a quien le corresponde entregar y financiar la OTP CON REALCE DE 1 CENTÍMETRO (Zapatos Ortopédicos).

Por lo expuesto, ante la evidente necesidad de garantizar el derecho fundamental a la Salud del accionante y en aras de que no se le prive de los servicios médicos requeridos para preservar su estado de salud en condiciones de dignidad, la Sala CONFIRMARÁ la sentencia impugnada, esto es, la proferida el 15 de marzo del 2013 por el JUZGADO SEGUNDO ORAL ADMINISTRATIVO DE SINCELEJO.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia impugnada, esto es la sentencia proferida el 15 de marzo de 2013 por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO - SUCRE.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE, personalmente o por cualquier medio efectivo a la actora, a las entidades demandadas y al Agente Delegado del Ministerio Público ante esta Corporación, en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: ENVÍESE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

¹⁵ Acuerdo 029 del 28 de Diciembre del 2011 Artículo 41 “Por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud”.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

CUARTO: De manera oficiosa, por conducto de la Secretaria de este Tribunal, **ENVÍESE** copia de la presente decisión al Juzgado de origen.

QUINTO: En firme este fallo, **CANCÉLESE** su radicación, y devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 37.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

CÉSAR E. GÓMEZ CÁRDENAS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ