



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, quince (15) de octubre de dos mil quince (2015)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACION:	70-001-33-33-005-2015-00194-01
DEMANDANTE:	GUSTAVO PAREJO GUERRA
DEMANDADO:	NUEVA E.P.S.
NATURALEZA:	ACCIÓN DE TUTELA

Procede la Sala, a decidir la **impugnación** presentada por la parte accionada, contra la sentencia de 16 de septiembre de 2015, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se concedió la tutela de los derechos invocados.

I.- ANTECEDENTES:

1.1- Pretensiones¹:

El señor **GUSTAVO PAREJO GUERRA**, quien actúa en nombre propio, interpuso acción de tutela contra la **NUEVA EPS**, con el propósito de que se le tutelén los derechos fundamentales a la Vida, Salud y Dignidad Humana; en consecuencia, solicita se ordene a la entidad accionada, hacer entrega de orden, sin ningún tipo de dilación, para la realización de las Terapias Físicas de Rehabilitación Cardiovasculares, prescritas por el médico tratante.

1.2.- Hechos²:

Manifestó el señor Gustavo Parejo Guerra, que se encuentra afiliado al régimen contributivo de seguridad social en salud, con la entidad Nueva

¹ Folio 2 del Cuaderno de primera instancia.

² Folio 1.

E.P.S. y que ante la manifestación de algunos malestares físicos, acudió al servicio médico ofrecido por aquella.

Precisó, que después de haberse efectuado una serie de exámenes, le diagnosticaron la patología de CARDIOPATÍA ISQUÉMICA y en aras de tratar la misma, los médicos le recomendaron la realización del procedimiento denominado INSERCIÓN DE PRÓTESIS STENT, al igual que la ANATOPLASTIA CORONARIA, concluyéndose tras el post operatorio, el padecimiento de la ENFERMEDAD CORONARIA TERO ESCLERÓTICA SEVERA DE TRES VAS, ordenándose como tratamiento respectivo, TERAPIAS FÍSICAS DE REHABILITACIÓN CARDIOVASCULARES.

Posteriormente, el accionante manifiesta acudir ante la E.P.S. accionada, con el fin de solicitar las terapias prescritas y las citas de control; sin embargo, fueron negados bajo el argumento de que en el momento, no tenían relación contractual con ninguna institución prestadora de tales procedimientos, los cuales son necesarios para superar el padecimiento que lo aqueja.

1.3. Contestación de la acción³.

La **NUEVA EPS**, en ejercicio de su derecho de contradicción, presentó informe, solicitando que se nieguen las pretensiones de la tutela, confirmando que efectivamente, el señor GUSTAVO PAREJO GUERRA, se encuentra afiliado a la Nueva E.P.S., en calidad de cotizante independiente.

Indicó, que al accionante, se le han prestado todos los procedimientos médicos necesarios, de allí que no se evidencia vulneración de derecho fundamental alguno, recurriendo a su vez, a ciertas apreciaciones genéricas en lo que hace a la implementación del Plan Obligatorio de Salud.

³ Folios 19 – 24.

1.5.- La providencia recurrida⁴:

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de 16 de septiembre de 2015, concedió el amparo de tutela; en consecuencia, ordenó a la **NUEVA EPS**, que en el término de seis (6) días, autorizará y materializará las Terapias Físicas de Rehabilitación Cardiovasculares, prescritas por el médico tratante al señor **GUSTAVO PAREJO GUERRA**, con el fin de atender la patología que presenta, esto es, la Coronaria Ateroesclerótica Severa de Tres V.

El Juez *A quo*, luego de hacer un recuento jurisprudencial sobre el derecho fundamental a la salud y el suministro de medicamentos y tratamientos excluidos del POS, consideró, que en el presente caso, se daban los requisitos jurisprudenciales, para tutelar los derechos del accionante, máxime cuando la especial particularidad del contexto que rodea a este, lo amerita.

1.6.- La impugnación⁵.

Inconforme con la decisión de primer grado, la parte accionada, **NUEVA EPS**, la impugnó con el objeto de que la misma sea revocada; en consecuencia, solicitó se niegue el amparo de tutela, reiterándose los argumentos de la contestación de la acción, para efectos de sustentar la impugnación.

III.- CONSIDERACIONES:

3.1.- Competencia:

El Tribunal, es competente para conocer en **Segunda Instancia**, de la presente impugnación, en atención a lo establecido en el artículo 32 del decreto ley 2591 de 1991.

⁴ Folios 29 -36.

⁵ Folios 38 – 43.

3.2.-Problema jurídico.

En el sub examine, el debate central se circunscribe en establecer: ¿La presente solicitud de amparo, es procedente para que se ordene a la entidad accionada, autorizar las prescripciones médicas del Galeno tratante, consistente en la realización de Terapias Físicas de Rehabilitación Cardiovasculares, para la superación y control de la patología sufrida por el actor, denominada ENFERMEDAD CORONARIA ATROESCLEROTICA SEVERA DE TRES VASOS?

3.3.- Análisis de la Sala.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución 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 éstos se vean amenazados o vulnerados 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; la búsqueda de objetivos distintos, para los cuales el ordenamiento jurídico prevé otras instancias y jurisdicciones diferentes a la constitucional, excede el contexto establecido para la misma, tanto en la Carta Suprema, como en la ley.

En cuanto al derecho a la salud, tal Tribunal, como lo ha manifestado en sendas decisiones, reitera su naturaleza y categoría de derecho fundamental autónomo. Así ha sido reconocido por la Corte Constitucional, quien ha precisado que *"la salud puede ser considerada como un derecho fundamental no solo cuando pelagra la vida como mera existencia, sino que ha resaltado que la salud es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas..."*⁶, criterio compartido en providencia del 25 de

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-144 de 15 de febrero de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

febrero de 2009⁷, por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en la cual reseñó:

“El derecho a la salud, de rango constitucional y fundamental, es un pilar esencial en el ordenamiento jurídico colombiano, pues crea la base para el desarrollo de una vida en condiciones de dignidad⁸. Para la Corte Constitucional⁹, el derecho a la salud es “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional tanto física como en el plano de la operatividad mental y, de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”.

Y como también lo determina el Alto Tribunal Constitucional, con una conceptualización del derecho en mención, que vale la pena traer a colación, en Sentencia T-043 de 2015¹⁰, donde se sostuvo:

“La salud es un derecho constitucional fundamental. En las últimas dos décadas, la Corte lo ha venido protegiendo por tres vías: (i) la primera, estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana; (ii) la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el accionante es un sujeto de especial protección; y más recientemente, (iii) la tercera, afirmando en general su fundamentalidad de forma autónoma.

Como resultado de este desarrollo jurisprudencial, la doctrina constitucional ha dejado de señalar que ampara el derecho a la salud ‘en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal’, para pasar a protegerlo de forma autónoma. En este sentido, se ha cuestionado la validez teórica de recurrir a la idea de la conexidad, y a categorías conceptuales que determinen la fundamentalidad de un derecho de acuerdo a si tienen o no un contenido prestacional.

*Ahora bien, la noción de salud no se limita al estar exento de padecimientos físicos. Esta garantía ha sido definida como “**la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser**”. Esta concepción vincula el derecho a la salud con el principio de dignidad humana, toda vez que “responde a la necesidad de*

⁷ Consejo de Estado. Sentencia de Tutela de 25 de febrero de 2009 - Rad. 2008-00602-0, C. P. Ligia López Díaz.

⁸ Su importancia es tan preponderante, que en la Constitución Política, se encuentra determinado entre otros, en los artículos 44, 46, 47, 49, 50, 52, 64, 78, 95 y 336.

⁹ Consultar entre otras, las sentencias T- 597-93, T-1218-04, T-361-07, T-407-08.

¹⁰ M. P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

garantizar al individuo una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales”.

En este sentido, la acepción que mejor recoge el ideario constitucional es aquella plasmada en el preámbulo de la Organización Mundial de la Salud (OMS), según la cual: **“La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”**.

De forma similar, el bloque de constitucionalidad introduce al ordenamiento colombiano la definición de la salud como el derecho al “más alto nivel posible de salud física y mental”, el cual se alcanza de manera progresiva. Este enfoque se encuentra contenido tanto en el sistema universal de derechos humanos a través del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como a nivel interamericano por el Protocolo Adicional de San Salvador.

En armonía con lo anterior, la jurisprudencia constitucional se ha esforzado en superar aquella aproximación que pretende restringir el goce del derecho a la salud a la mera supervivencia biológica del ser humano y ha conminado, por el contrario, a la búsqueda de los niveles óptimos de salud física y psíquica, necesarios para que la persona se desempeñe apropiadamente “como individuo, en familia y en sociedad”.

De igual forma, se ha dicho sobre la procedencia de la acción, en eventos en los que se solicita la autorización de medicamentos y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, que la misma es conducente, en atención del contenido del núcleo iusfundamental del derecho en cita, destacándose “que las entidades prestadoras del servicio de salud deben garantizar el acceso a cualquier servicio, procedimiento o medicamento que se encuentre previsto en el POS, de tal suerte que su negación comporta una vulneración del derecho a la salud, y, en esa medida, la acción de tutela es procedente en estos casos”¹¹.

Inclusive, se ha indicado la procedencia de la acción, cuando lo solicitado son medicamentos y procedimientos NO POS, no obstante en estos últimos casos, es menester se dé cabida a un juicio de constitucionalidad, bajo el acatamiento de ciertos requisitos de procedencia¹².

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-361 de 2014. M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹² Ibídem. Teniéndose como requisitos los siguientes : a) “la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los

De allí que bajo las anteriores circunstancias, no hay duda de que la acción de tutela, se erige como el medio idóneo y eficaz para la protección del derecho fundamental a la salud, sin embargo, se deben tenerse en cuenta, las reglas jurisprudenciales para el efecto, las cuales atemperan las diversas características de la solicitud de amparo y su ejercicio, con miras a garantizar en debida forma, los derechos fundamentales que son vulnerados o pueden estar en riesgo. A propósito, en sentencia T-022 de 2014, se puntualizó:

*“De esta manera, la jurisprudencia de la Corte ha considerado que el amparo constitucional del derecho fundamental a la salud procede cuando se trata de: **(i) la falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y**, (ii) que la falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios obedezca a situaciones en las que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos últimos casos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.*

A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud puede justificarse en razón a la calidad del titular del derecho, en particular si se trata de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, personas con discapacidad, entre otros) o, que se trate de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a la idea de un Estado constitucional de derecho. Así, el derecho a la salud debe ser protegido por el juez de tutela cuando se verifiquen los anteriores criterios.

derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado; b) debe tratarse de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; c) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.); y finalmente, d) que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.”

Respecto del primer criterio, la Corte ha señalado que, “al adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo”¹³. **De ahí, que en el caso de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se pueda afirmar que el derecho a la salud encuentra un contenido evidente y definido cuya garantía resulta indiscutible.**¹⁴

Aterrizando lo anterior al **caso en concreto**, se tiene que efectivamente, el señor Parejo Guerra, sufre de la ENFERMEDAD CORONARIA ATROESCLEROTICA SEVERA DE TRES VASOS y su médico tratante ordenó la realización de TERAPIAS FÍSICAS DE REHABILITACIÓN CARDIOVASCULARES¹⁵. Que pese a ello, la entidad prestadora del servicio de salud, no ha procedido a la autorización del procedimiento médico, sin que se detente una razón que justifique dicha omisión¹⁶, recurriéndose a planteamientos sumamente abstractos e impersonales del caso bajo estudio, desestimándose la grave afección en salud, que padece el hoy accionante¹⁷.

Por lo cual, este Tribunal comparte la decisión adoptada por el juez de primera instancia, de conceder la protección de los derechos fundamentales invocados; sin embargo, las razones que son sustentadas para adoptar tal decisión, no son de recibo, ya que el juzgador recurre a los requisitos de procedibilidad de la acción, para la reclamación de medicamentos y procedimientos NO POS, cuando de conformidad con la Resolución 5521 de 2013, las TERAPIAS FÍSICAS DE REHABILITACIÓN

¹³ Sentencia T-859 de 2003.

¹⁴ M. P. Dr. Alberto Rojas Ríos.

¹⁵ Folios 4-12 del Cuad. de 1ra Inst.

¹⁶ Se destaca la gran pasividad de la parte accionada, al momento de contradecir los supuestos fácticos y jurídicos de la acción.

¹⁷ Bajo este escenario, si bien era factible recurrir al mecanismo establecido por el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, no se debe obviar el contexto que debe ser analizado a la hora de verificar la idoneidad del acción, en atención de su carácter subsidiario, por lo que en el presente caso, se considera que el medio de control concreto de constitucionalidad, legitima su interposición, conforme a la especial situación que rodea al actor. Cfr. Nota Supra 14.

CARDIOVASCULARES¹⁸, hacen parte del Plan Obligatorio de Salud, tal como lo señala el apartado 2229, Código 93.3.6 de la mentada Resolución, de allí que la protección del derecho fundamental, debió suscitarse en tal sentido, es decir bajo la égida del deber institucional, en prestar los servicios obligatorios–POS-, marco estructural contentivo y definitorio de la garantía pluricitada.

Ahora bien, el recurrente sostiene, que en caso de confirmarse el amparo de tutela, se reconozca en favor de la entidad prestadora del servicio de salud, el derecho a repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, por el 100% de los valores que deba asumir, petición que es el del todo inconducente, ya que como fue señalado, las órdenes de servicios dadas por el Galeno tratante, consistente en TERAPIAS FÍSICAS DE REHABILITACIÓN CARDIOVASCULARES, son procedimientos que hacen parte del POS, siendo la facultad de recobro, una garantía evidenciable, en aquellos casos en los que se requieren medidas no cobijadas por el Plan Obligatorio de Salud¹⁹.

Por consiguiente, la Sala, procederá a confirmar la sentencia proferida por el juez *A quo*, en lo concierne a la tutela de los derechos fundamentales, pero, revocará el numeral tercero de su parte resolutive, bajo las razones aquí consignadas, esto es la carga del procedimiento médico en cabeza de la NUEVA EPS, en tratándose de trámites que hacen parte del Plan Obligatorio de Salud –POS-.

4.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

¹⁸ Bajo la denominación de rehabilitación cardiaca, que atiende al mismo supuesto padecido por el actor.

¹⁹ Ver Corte Constitucional. Auto 078 de 2012. M. P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR el numeral tercero de parte resolutive de la sentencia de 16 de septiembre de 2015, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, de conformidad con las razones consignadas en este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante el fallo impugnado.

TERCERO: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 199.

CUARTO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

QUINTO: De manera oficiosa, por Secretaria de este Tribunal, envíese copia de la presente decisión al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión ordinaria, según Acta No. 00158/2015

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ