



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, dos (02) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-003-2019-00215-01
ACCIONANTE: ADONILSO JOSÉ PEDROZA SALAZAR
ACCIONADO: NUEVA E.P.S. S.A.
NATURALEZA: ACCIÓN DE TUTELA

Procede la Sala, a decidir la **impugnación** presentada por la parte accionada, contra la sentencia de fecha 3 de julio de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se concedió el amparo solicitado.

I. ANTECEDENTES:

1.1. Pretensiones¹:

ADONILSO JOSÉ PEDROZA SALAZAR, en ejercicio de la acción de tutela, solicita la protección de sus derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social, presuntamente vulnerados por la NUEVA E.P.S. S.A. Por lo cual pide, que se ordene a dicha entidad que le suministre el medicamento ordenado por su médico tratante: *Polietilenglicol 3350 sobre 17 gr polvo, para reconstituir a solución oral.*

¹ Folio 4 del cuaderno de primera instancia.

1.2. Hechos²:

Manifiesta el accionante, que tiene 56 años de edad, se encuentra afiliado a la NUEVA E.P.S. S.A., que es cabeza de familia y debido a su diagnóstico de *estreñimiento*, está siendo atendido en Gastrocentro S.A.S.

Señala, que en el mes de febrero de la misma anualidad acudió a cita de control con el especialista gastroenterólogo, Dr. Miguel Monterrosa Bula, quien le recetó el medicamento *Polietilenglicol 3350 sobre de 17 gr polvo para reconstituir a solución oral*.

Refiere, que se dirigió a reclamar el medicamento a la farmacia autorizada por la E.P.S. pero no fue posible la entrega, puesto que le informaron que el medicamento no se encontraba dentro del POS, por lo que debió comprarlo de manera particular.

Alude, que el día 29 de mayo del año en curso, asistió nuevamente a cita de control con el especialista y una vez más le recetó el mismo medicamento; sin embargo, en la farmacia no se lo entregaron.

Añade, que se dirigió a Gastrocentro S.A.S. y el médico especialista le informó que el medicamento prescrito hace parte del POS y que la entidad demandada, está radicando un medicamento diferente al recetado que es el *Polietilenglicol 3350+Bicarbonato+Cloruro de sodio+ Cloruro de Potasio 105/1.43/2.80/0.37g (polvo para reconstituir solución oral *110g)*.

Recalca, que no puede seguir esperando el medicamento debido a su grave estado de salud. Aduce que la negativa de la NUEVA E.P.S. S.A. de suministrarle el medicamento oportunamente, está violentándole sus derechos fundamentales a la salud y la vida.

² Folios 1 – 2 del cuaderno de primera instancia.

1.3. Contestación³:

-. Confirmó que el accionante, registra afiliación en la entidad y se encuentra activo en el régimen contributivo.

Indicó que la entidad presta los servicios de salud dentro de su red de prestadores y de acuerdo al Plan de Beneficios de Salud, por tal motivo, la autorización de medicamentos y/o tecnologías de la salud no contemplados en el POS, las citas médicas y demás servicios se autorizan siempre y cuando, sean ordenados por médicos pertenecientes a la red de la NUEVA E.P.S. S.A.

Señaló, que no se evidencia radicación del medicamento solicitado, por tal razón sugirió, que el accionante debe asistir a consulta con su médico tratante con la finalidad de que evalúe su estado de salud y emita una prescripción actualizada.

Manifestó, con respecto al tratamiento integral, que no le es permitido al juez de tutela emitir órdenes con relación a derechos fundamentales, que no han sido amenazados o vulnerados, pues, no puede presumir que los servicios serán negados cuando el usuario los solicite.

1.4. La providencia recurrida⁴:

El Juzgado Tercero Administrativo Oral de Sincelejo, mediante sentencia de fecha 3 de julio de 2019, tuteló el derecho fundamental a la salud y la vida digna del señor ADONILSO JOSÉ PEDROZA SALAZAR y en consecuencia dispuso:

“ORDÉNESE a LA NUEVA E.P.S, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, le haga entrega a la parte actora del medicamento denominado POLIETILENGLICOL 3350 sobre 17gr polvo, para reconstituir a solución oral, en la forma en que lo ordenó el médico tratante, de conformidad a lo dicho en la parte motiva de esta providencia.”

³ Folios 15 - 18 del cuaderno de primera instancia.

⁴ Folios 19 - 24 del cuaderno de primera instancia.

Como fundamento de su decisión, expuso, que el retardo en la entrega de los medicamentos que necesita el paciente por su diagnóstico, desconoce el principio integral a la salud, toda vez que las empresas prestadoras del servicio de salud están en la obligación constitucional de prestar asistencia médica especializada, generar las órdenes que requiera por su estado de salud un paciente y además, suministrar los medicamentos prescritos por el médico tratante, en consecuencia, no es aceptable que se niegue el suministro de medicamentos, alegando razones de tipo administrativos o delegando la responsabilidad en otra entidad.

1.5. La impugnación⁵:

Inconforme con la decisión de primer grado, la Nueva E.P.S. la impugnó, reiterando que no se evidencia radicación del medicamento solicitado, por tanto, sugirió que el accionante debe asistir a consulta con su médico tratante con la finalidad de que evalúe su estado de salud y emita una prescripción actualizada.

Así mismo, insistió que no le es permitido al juez de tutela, emitir órdenes con relación a derechos fundamentales que no han sido amenazados o vulnerados, pues, no puede presumir que los servicios serán negados cuando el usuario los solicite.

Manifestó, que en caso de no ser revocada la sentencia de primer grado, se adicione en la parte resolutive de la misma, sobre la facultad de la NUEVA E.P.S. S.A. de repetir contra la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), por el 100% de la totalidad de los valores que deba asumir la entidad.

1.6.- Trámite en segunda instancia:

Por auto del 12 de julio de 2019⁶, se admitió la impugnación interpuesta.

⁵ Folios 27 - 28 del cuaderno de primera instancia.

⁶ Folio 4 del cuaderno de segunda instancia

II. CONSIDERACIONES

2.1- 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.

2.2- Problema jurídico

En el *sub examine*, el debate central se circunscribe en establecer:

¿La entidad accionada vulneró los derechos fundamentales invocados por el accionante, ante la presunta negativa de suministrarle el medicamento que le recetó su médico tratante?

Para abordar el problema planteado, se hará énfasis en los siguientes aspectos: *i)* Generalidades de la acción de tutela; *ii)* Carácter fundamental del derecho a la salud y su protección por vía de tutela, *iii)* Del principio de atención integral y sus efectos en la prestación del servicio de salud; *iv)* Suministro de tecnologías y servicios complementarios al Plan de Beneficios de Salud según la legislación vigente; y *v)* Caso en concreto.

2.3 Análisis de la Sala.

2.3.1. Generalidades de la Acción de Tutela.

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.

2.3.2.- Del carácter fundamental del derecho a la salud y su protección por vía de acción de tutela.

La salud no cabe duda, es un derecho fundamental y 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 peligra la vida como mera existencia, sino que ha resaltado que la salud es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas...”*⁷, criterio compartido en providencia del 25 de febrero de 2009⁸, 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 dignidad⁹. Para la Corte Constitucional¹⁰, 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”.

Bajo la connotación de derecho fundamental autónomo, *per se*, es evidente la procedencia de la acción de amparo para su protección, cuando quiera que el mismo, sea amenazado o vulnerado por autoridades públicas o particulares. Este carácter, permite su guarda, sin necesidad de estar en conexión con otros derechos fundamentales, verbigracia, la integridad, la vida, etc.

Así lo ha dicho la Corte Constitucional, quien en torno al tema, en sentencia T-144 de 15 de febrero de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, recalcó:

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-144 de 15 de febrero de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁸ Consejo de Estado. Sentencia de Tutela de 25 de febrero de 2009 - Rad. 2008-00602-0, C. P. Ligia López Díaz.

⁹ 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.

¹⁰ Consultar entre otras, las sentencias T- 597-93, T-1218-04, T-361-07, T-407-08.

“... todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud. Por tanto, todas las entidades que prestan la atención en salud, deben procurar no solo de manera formal sino también material la mejor prestación del servicio, con la finalidad del goce efectivo de los derechos de sus afiliados, pues la salud comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad; derechos que deben ser garantizados por el Estado Colombiano de conformidad con los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales”.

Siendo contundentes y bajo la misma línea de decisión, la alta Corporación en sentencia T-676 de 12 de septiembre de 2011, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, precisó:

“... si el derecho a la salud de cualquier individuo resultare amenazado o vulnerado, los jueces pueden hacer efectiva su protección por vía de tutela. Queda así demostrado que, para la jurisprudencia colombiana, el derecho a la salud es un derecho fundamental de todos los habitantes del territorio nacional que debe ser respetado y protegido y que puede ser invocado en sede de tutela si llega a verse amenazado o vulnerado”.

El Congreso de la República, mediante la Ley 1751 de 2015, reguló el derecho fundamental a la salud. En el artículo 2 de esta ley se dispuso:

“ARTÍCULO 2o. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”

2.3.3. Del principio de atención integral y sus efectos en la prestación del servicio de salud.

El principio de atención integral ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional, como una piedra angular a la hora de afrontar

problemáticas constitucionales, en torno a la prestación del servicio de salud.

Desde una comprensión normativa, el numeral 3º del Art. 153 de la Ley 100 de 1993, lo enuncia de la siguiente forma:

“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”.

Y desde un marco jurisprudencial sobre el tema, el Alto Tribunal Constitucional ha asimilado este principio, como una herramienta efectiva para regular la prestación de los servicios médicos, así como entrega de suministros no definidos por los parámetros del Plan Obligatorio de Salud (POS), donde se ha indicado, que es la situación en particular y las exigencias del caso, las que definen la manera como las EPS, deben brindar los elementos y recursos indispensables para la atención de la patología tratada, máxime, cuando se está en presencia de individuos de especial protección constitucional, como lo son las personas de la tercera edad.

Sobre el principio de atención integral, la Corte Constitucional en Sentencia T-053 de 2009, recalcó:

“Sobre este extremo, la Corte ha enfatizado el papel que desempeña el principio de integridad o de integralidad y ha destacado, especialmente, la forma como este principio ha sido delineado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del mismo modo que por las regulaciones en materia de salud y por la jurisprudencia constitucional colombiana. En concordancia con ello, la Corte Constitucional ha manifestado en múltiples ocasiones 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 paciente.

El principio de integralidad es así uno de los criterios aplicados por la Corte Constitucional para decidir sobre asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad

con él, las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud - SGSSS - deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento.”¹¹

Así, posteriormente, mediante la citada Ley 1751 de 2015, se dictaminó:

“ARTÍCULO 8o. LA INTEGRALIDAD. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario”.

En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud.

2.3.4. Suministro de tecnologías y servicios complementarios al Plan de Beneficios de Salud según la legislación vigente.

En relación al derecho a la salud, el análisis efectuado a la sentencia C-313 de 2014¹² que examinó la constitucionalidad de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, tuvo en consideración factores económicos, particularmente cuando se refirió a la constitucionalidad del literal i) del artículo 8° -principio de sostenibilidad- y artículo 15° -criterios de exclusión de los servicios y tecnologías del sistema de salud-, en donde se concluyó que eran admisibles las exclusiones, para propender por el equilibrio financiero del sistema, a fin de garantizar su viabilidad en el tiempo.

Sin embargo, a propósito de la declaratoria de exequibilidad del literal i) del artículo 8° y del artículo 15 de la ley antes mencionada, se recordó que la

¹¹ Véase también, Corte Constitucional Sentencia T-209 de 2013. M. P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹² M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

sostenibilidad financiera, no puede invocarse para vulnerar los derechos de los usuarios del sistema de salud, ni desconocer la jurisprudencia constitucional.

2.3.5. Caso concreto

En el expediente se advierte que el señor ADONILSO JOSÉ PEDROZA SALAZAR, tiene 56 años de edad¹³ y se encuentra afiliado a la NUEVA E.P.S. S.A.¹⁴.

Así mismo, se observa que el accionante presenta un diagnóstico de: *K590 Constipación (estreñimiento)* con la indicación de uso de *Polietilenglicol 3350 sobre de 17 gr polvo para reconstituir a solución oral*, tal como consta en historia médica realizada bajo el control clínico del profesional Miguel Enrique Monterrosa Bula, especialista en gastroenterología¹⁵.

Pues bien, pese a lo manifestado por la entidad accionada, lo cierto es que razón tiene el A quo cuando señala, que la demora en la entrega de los medicamentos prescritos por el médico tratante -el que por demás, la entidad no ha dicho que no pertenezca a su red de servicios, por ende, debe entenderse que si hace parte de la misma-, vulnera los derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones dignas del señor ADONILSO JOSÉ PEDROZA SALAZAR, pues, no cuenta con los recursos económicos para solventar la compra particular del medicamento ordenado por el especialista, para enfrentar la patología que padece.

Vale anotar en este punto, que la afirmación indefinida hecha en demanda, en el sentido de no contar con los recursos económicos para sufragar los gastos del medicamento, no fue desvirtuada, en el proceso, por el ente accionado.

¹³ Según se aprecia en la copia de la cédula de ciudadanía, visible a folio 6 del cuaderno de primera instancia.

¹⁴ conforme lo informa la entidad accionada. Folio 15, cuaderno de primera instancia.

¹⁵ Folios 7-8, cuaderno de primera instancia.

De ahí que es la NUEVA E.P.S. S.A., la responsable del servicio de salud y la encargada de garantizar la efectividad del derecho a la salud del usuario, debiendo así, constatar que la farmacia contratista haga la entrega material del medicamento prescrito y autorizado¹⁶ por la EPS a su paciente, con la anotación de que el servicio debe ser continuo, en la medida que se prescriba por el médico tratante.

Finalmente, en lo que respecta al recobro de los insumos y medicamentos ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRESS) se señala, que ello corresponde a un trámite administrativo que deberá adelantar la NUEVA E.P.S. S.A. de manera directa, con la correspondiente entidad territorial; por tanto, este Tribunal se abstendrá de emitir una orden al respecto.

En ese orden de ideas, habrá de confirmarse el fallo recurrido que tuteló los derechos invocados por la parte actora.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 3 de julio de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

¹⁶ Si bien el alegato del ente demandado se funda en que actualmente no registra orden de entrega de medicamentos, lo cierto es que, en su momento, tal cosa ocurrió, pero ha sido la desidia de la misma entidad la que no ha permitido cumplir a cabalidad con las órdenes médicas, por ende, exigir tal requisito es atentar contra los derechos fundamentales del accionante, al imponer una carga que fue suplida oportunamente. Vale anotar, que si es necesaria una nueva valoración médica del paciente, la misma EPS tiene a su alcance los medios necesarios para hacerlo, pero sin que pueda descuidar la salud del accionante, la cual, médicamente ya fue diagnosticada.

SEGUNDO: 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.

TERCERO: Envíese copia de la presente decisión al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de la fecha, según Acta No. 0108/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA