



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, trece (13) de junio de dos mil trece (2.013)

Magistrado Ponente: Dr. MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente	7001 33 33 003 2013-00082-01
Actor	ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA
Demandada	NUEVA EPS
Acción	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA No. 026.

I. OBJETO A DECIDIR

Decide la Sala la impugnación formulada contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, el día 7 de mayo de 2.013¹, en la que se tuteló los derechos fundamentales invocados por el señor **ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA**, presuntamente conculcado por la entidad demandada.

II. ACCIONANTE

La presente Acción fue instaurada por el señor **ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA**, identificado con C.C.947997 de Sampedra.

III. ACCIONADO

La Acción está dirigida en contra de la NUEVA E.P.S

¹ Folios 49-50 C. Ppal

Expediente: 2013 00082 01
Actor: ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE MAYO DE 2013
Procedencia: JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema:

IV. ANTECEDENTES

4.1. La demanda

El señor **ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA**, actuando en nombre propio, presentó Acción de Tutela en contra la NUEVA E.P.S, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la Dignidad humana, vida, salud y seguridad social.

4.2. Los hechos

Como hechos que sustentan las pretensiones, el actor narra los siguientes:

Expresa el tutelante que es afiliado al régimen contributivo, a través de la NUEVA EPS, entidad que contrata para su servicio a la Clínica General de Sucre.

Que el día 27 de agosto del año 2012, se realizó una COLONOSCOPIA con el Endoscopista Dr. Rafael Cardona Valle, dando como resultado: Inspección normal, tacto rectal: que a los 5 cm del reborde anal, hacia la región posterior del ano recto se encuentra una lesión exofítica mamelonada y regular, poco móvil y al parecer adherida a tejidos profundos friables y que ocupa el 50% de la circunferencia posterior; Anacospiá: por encima de la línea pectínea hacia la región posterior, se encuentran paquetes hemorroidales violáceos no complicados.

Con ocasión al resultado de Colonoscopia del Dr. Rafael Alberto Carmona Valle, se ordenó una patología o Biopsia dando el siguiente diagnóstico clínico: Lesión Noeplástica en unión ano rectal, pólipo en colón sigmoides. Es por ello, que al visitar al Dr. Ismael Contreras Agudelo, oncólogo, le ordenó unas quimioterapias.

El día 26 de enero, el Dr. Ismael Contreras Agudelo, le ordenó un estudio llamado (video restosigmoidoscopia flexible), examen que mostró una reducción de un 80% de la enfermedad que padece (cáncer de recto).

Con el resultado de la video rectosigmoidoscopia flexible, fue remitido al oncólogo cirujano Dr. Rafael Oviedo Martínez, quien lo atendió el día 18 de marzo de 2013, considerando que el tratamiento neoadyuvante finalizó el día 12 de diciembre de 2012, por lo que manifestó que el paciente debió ser operado entre la semana seis y semana ocho posterior al tratamiento.

Desde 18 de marzo de 2013 al 22 de abril de 2013, han transcurrido más de diecisiete semanas, determinando el médico que la demora en la cirugía aumentaba el riesgo de progresión de la enfermedad, comprobable irsecabilidad del tumor.

Por lo anterior, el doctor Rafael Oviedo Martínez, ordenó una cirugía urgente que consiste en resección abdomino perineal, más colostomía definitiva, más

Expediente: 2013 00082 01
Actor: ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE MAYO DE 2013
Procedencia: JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema:

linfadenectomía iliaca bilateral (escisión meso rectal total) más lavado peritoneal terapéutico, que además solicitó un kit de implementos para utilizar en la cirugía consistente en: Tijera wave (bisturí armónico), grapadora tipo contour, con tres recargas verdes, grapadora tipo contour, con tres recargas verdes, grapadora circular CDH29, Tisseel Dosd Jeringas de diez milímetros.

Que todos los trámites de la operación los adelantó la señora Cecilia Gómez de Bettin, esposa del accionante, ya que por su enfermedad le es imposible exponerse al sol y caminar demasiado.

El día 18 de marzo, al entregar los documentos a la Clínica General de Sucre, con el fin de que hicieran entrega del Kit y la orden para la operación, el señor EDUARDO ANDRES RODRÍGUEZ ZAMBRANO, empleado de esa entidad, encargado de los trámites entre ellos ordenes de exámenes, entrega de instrumentos quirúrgicos, ha venido demorando, haciendo ir varias veces a la esposa del accionante para entregar una orden.

Luego de un examen por el Internista Fernando Coneo y la Cardióloga Paola Notrica, determinaron que estaba apto para la operación, por lo que el médico tratante consideró que era de urgencia la orden expedida.

El día 19 de abril de 2013, nuevamente la esposa del accionante se dirigió a la Clínica General de Sucre a solicitar el kit, y la respectiva orden para la operación, manifestándole que la medicina era costosa, estaban haciendo los trámites, informándole que regresara el día 22 abril de 2013.

Finalmente el día 22 de abril de 2013, la señora Cecilia Gómez de Bettin, llamó nuevamente, sin recibir una respuesta satisfactoria por lo que le manifestaron que la medicina era muy costosa, por lo que debía esperar un tiempo, sin establecer fecha.

V. LO QUE SE PIDE

Con fundamento en los hechos relacionados, el accionante solicitó que se Tutelen los derechos fundamentales a la vida, salud, integridad física, seguridad social, la Dignidad humana, e igualdad, presuntamente desconocidos por la entidad accionada, en consecuencia, que se le ordene que en el término de 48 horas disponga lo que corresponda con el fin de no seguir más dilatando su operación, reconozca y entregue el kit que consiste en TIJERA WAVE (BISTURI ARMONICO), GRAPADORA TIPO CONTOUR, CON TRES RECARGAS VERDES, GRAPADORA CIRCULAR CDH 29, TISSEEL DOS JERINGAS DE DIEZ MILIMETROS y la orden para la cirugía de resección abdomino perineal, más colostomía definitiva, más linfadenectomía iliaca bilateral Escisión meso rectal total), más lavado peritoneal terapéutico.

Solicita también ordenar a la NUEVA EPS, el pago de viáticos (transporte, alimentación, hospedaje tanto para el accionante como para su acompañante, dado el caso de que la

Expediente: 2013 00082 01
Actor: ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE MAYO DE 2013
Procedencia: JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema:

cirugía no se pueda realizar en la ciudad de Sincelejo, toda vez que no cuenta con recursos económicos para cubrir dichos gastos.

Prevenir a la doctora ERIKA ARANGO ZAPATA o quien haga sus veces, Directora de la Nueva Eps, para que en lo sucesivo no retarde injustificadamente el reconocimiento y entrega del Kit y orden para la cirugía de la operación para la enfermedad del accionante (cáncer de recto).

VI. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

6.1. NUEVA EPS

La entidad demandada dio contestación a la demanda, basando su defensa de la siguiente manera:

Alegó que el accionante se encuentra afiliado a la Nueva EPS y que en estos términos tiene a su disposición todos los servicios y medicamentos cubiertos por el POS.

Que sobre lo solicitado por el accionante el Dr. Juan Alfonso Lara Tejada médico de tutelas de las NUEVA EPS, manifestó:

COLOSTOMIA PERMANENTE SOD:

Solicitud no pertinente en consulta de datos de la NUEVA EPS, se encuentra evidencia de autorización para el servicio COLOSTOMIA PERMANENTE SOD, número 28068046 de abril 05 de 2013. Que los insumos que el paciente necesita tales como bisturí armónico, grapadoras contour y circular, recargas verdes, tissel, son insumos que hacen parte de la dotación de a Sala de cirugía , por ende no son autorizables , pero que si son facturables, por lo que se incluyen dentro de esta autorización.

GASTOS DE TRASLADO.

Manifestó que no es procedente el reclamo de gastos de transporte, hospedaje y alimentación del usuario y acompañante, pues estos son responsabilidad del usuario y su núcleo familiar, de acuerdo a lo establecido en la Resolución 5261 de 1994 artículo 12 y 3, capítulo 9 del acuerdo 008 de 2009, sentencia C-760 de 2008, a la sentencia T 200 de 2008 y artículos 43 del Acuerdo 029 de 2011.

Teniendo en cuenta lo anterior solicita se declare improcedente la tutela.

Expediente: 2013 00082 01
Actor: ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE MAYO DE 2013
Procedencia: JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema:

VIII. PRUEBAS DEL EXPEDIENTE

Aportó como pruebas las siguientes:

- Copia de la colonoscopia de fecha 27 de agosto de 2013²
- Copia de la patología biopsia de fecha 31 de agosto de 2013³
- Fotocopia de video rectosigmoidoscopia flexible, de fecha 25 de febrero de 2013⁴
- Copia de Evolución médica Oncólogo Cirujano Dr. Rafael Oviedo Martínez, de fecha 18 de marzo de 2013, con recetarios de la misma fecha y en uno de ellos con el término de urgente y kit que se requiere para la operación⁵
- Copia del carnet de afiliación del accionante⁶
- Informe rendido por la entidad accionada⁷

IX. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 7 de mayo de 2013⁸, resolvió tutelar el derecho fundamental a la salud y vida del actor, y ordenar a la NUEVA EPS, a emitir la orden de entrega del Kit que consiste en tijera WAVE (BISTURI ARMONICO), GRAPADORA TIPO CONTOUR, CON TRES RECARGAS VERDES, GRAPADORA CIRCULAR CDH 29, TISSEEL DOS JERINGAS DE DIEZ MILIMETRO, y la orden para la cirugía de resección abdominopereitoneal, más colostomía definitiva, más linfadenectomía iliaca bilateral, (Escisión meso rectal total), más lavado peritoneal terapéutico, ordenada por el Dr. Rafael Oviedo Martínez.

Así mismo, en atención a las condiciones de salud del accionante que cuenta con (81 años), las cuales le imposibilitan valerse por sí mismo, se ordenó a la entidad accionada que en caso de que en la ciudad de Sincelejo no sea posible la realización de la cirugía requerida, autorice el procedimiento para otra ciudad donde se le brinde este servicio en óptimas condiciones, asumiendo la Nueva Eps los gastos de traslado, hospedaje, alimentación y demás, del accionante con un acompañante, por el tiempo que lo considere necesario su médico tratante, así como de todos los tratamientos, medicamentos que por su tipo de enfermedad requiera.

² Folio 7 C. ppal

³ Folio 8 C. Ppal

⁴ Folio 9 C. Ppal

⁵ Folios 10 a 14 C. Ppal

⁶ Folio 17 C. Ppal

⁷ Folios 22 a 27 C. Ppal

Expediente: 2013 00082 01
Actor: ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE MAYO DE 2013
Procedencia: JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema:

X. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Mediante escrito presentado el 16 de mayo de 2013⁹, la accionada impugnó el fallo de tutela de primera instancia, presentando su inconformidad en los siguientes términos:

Considera el impugnante que no es procedente el reclamo de los gastos y viáticos del beneficiario con su acompañante toda vez que es responsabilidad del usuario.

Manifiesta que la Corte Constitucional ha establecido que para la procedencia de una acción de tutela relacionada con el otorgamiento de gastos de traslado se deben cumplir con una serie de requisitos, y que al no cumplirse uno de ellos el Juez Constitucional de tutela no puede, de ninguna manera, aplicar la consecuencia de otorgar los gastos de traslado al no existir la aplicación de los supuestos de hecho.

Finalmente solicita se revoque el fallo y se declare improcedente la acción de tutela; en caso que se confirme, se ordene en forma expresa el recobro al consorcio Sapp de los servicios no pos.

XI. RECUESTO PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del 20 de mayo de 2013, proferido por el Juzgado de origen, se concedió la impugnación, por lo que fue asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado en la Oficina Judicial, en la fecha 22 de Mayo de 2013, siendo finalmente recibido por este despacho en la fecha 24 de Mayo de 2013, fecha en la cual se admitió la alzada.

XII. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

12.1. La 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**.

12.2. Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que el problema jurídico a resolver es el siguiente:

¿Constituye una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales Dignidad humana, vida, salud y seguridad social, la negativa dada por la NUEVA EPS, para emitir

⁹Folios 79-53 C Ppal

Expediente: 2013 00082 01
Actor: ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE MAYO DE 2013
Procedencia: JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema:

la orden de entrega del Kit con los respectivos implementos quirúrgicos para llevar a cabo la cirugía del señor **ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA?**

Para arribar la solución de lo planteado, se abordará el siguiente hilo conductor: i) Procedencia subsidiaria de la acción de tutela ii) Derecho a la salud y principio de atención integral. iii) Prestación de servicios no incluidos en el P.O.S sujetos de especial protección a cargo de la entidad prestadora de salud E.P.S iv) El servicio de transporte del paciente y el acompañante, como forma de materializar el derecho a la salud. v) Facultad de recobro de la entidad prestadora de salud E.P.S ante el fondo de solidaridad y garantía “fosyga” vi) La posición de la sala segunda de revisión de la corte constitucional en torno al procedimiento contenido en la ley 1438 de 2011 viii) Caso concreto. ix) Conclusión.

12.3. Procedencia subsidiaria de la Acción de Tutela

De conformidad con el artículo 86 de la Carta, la acción de tutela es un derecho público subjetivo del que goza toda persona para obtener del Estado, a través de la Rama Judicial, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares, en ciertos casos.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario, es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, la Sala Segunda de Decisión, de esta Corporación, en un caso similar, en providencia del 8 de marzo de 2013, con ponencia del Magistrado, Doctor LUIS CARLOS ALZATE RÍOS, ha manifestado:

12.4. 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 los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, y como deber primordial del Estado, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes de todo el territorio colombiano de conformidad a los postulados y principios constitucionales.

Expediente: 2013 00082 01
Actor: ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE MAYO DE 2013
Procedencia: JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema:

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.

Frente a lo anterior, 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-S o se 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:

Expediente: 2013 00082 01
Actor: ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE MAYO DE 2013
Procedencia: JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema:

“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;

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

A lo anterior se suma a 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 el derecho a 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 la característica especial del derecho y la importancia que tiene su eficaz cubrimiento.

Teniendo en cuenta la importancia para la debida prestación del servicio a la salud, la H. Corte Constitucional ha manifestado la importancia de que este derecho se preste en atención al 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

Expediente: 2013 00082 01
Actor: ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE MAYO DE 2013
Procedencia: JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema:

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 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 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”.¹⁰ (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”.

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-212 de 2011. M.P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

Expediente:	2013 00082 01
Actor:	ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA
Demandada:	NUEVA EPS
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 7 DE MAYO DE 2013
Procedencia:	JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema:	

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

“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 materialización¹¹.

12.5. PRESTACIÓN DE SERVICIOS NO INCLUIDOS EN EL P.O.S A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN A CARGO DE LA ENTIDAD PRESTADORA DE SALUD E.P.S.

El derecho fundamental a la salud comprende, entre otros, el derecho a acceder a los servicios de manera oportuna, eficaz y con calidad. 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, máxime cuando nos encontramos frente a un caso especial, toda vez que se hace parte dentro del proceso un sujeto de especial protección, no solo por su condición de adulto mayor, sino también por la enfermedad padecida, que lo enmarca dentro de la esfera de discapacidad física, hechos estos que no se deben pasar por alto a la hora de hacer efectivos los servicios médicos requeridos.

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 establecidos para ello. Es así que, se tiene claridad de que son las E.P.S, las que deben de prestar los servicios requeridos por sus afiliados, mientras estos estén cubiertos por el POS-S/POS, exceptuando circunstancias de especial contemplamiento, tales circunstancias se pueden apreciar sobre el particular, ya que quien reclama los servicios médicos y

¹¹ 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”.

Expediente: 2013 00082 01
Actor: ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE MAYO DE 2013
Procedencia: JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema:

solicita el amparo constitucional de sus derechos fundamentales es un adulto mayor que en la actualidad cuenta con 71 años de edad quien presenta una grave enfermedad que amenaza su optimo estado de salud.

Tales excepciones han quedado resueltas no solo por los parámetros legales de que trata el Acuerdo 029 de la CRES por medio del cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud, sino también por los lineamientos constitucionales y los planteamientos fijados por la abundante jurisprudencia constitucional que sobre el particular ha sido expuesta.

Al respecto el Máximo órgano de lo Constitucional ha manifestado:

*“Para el caso de las personas de la **tercera edad**, por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, esta Corporación ha sostenido que el derecho a la salud adquiere la calidad de derecho fundamental autónomo, en razón a las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran. Por esta razón, el Estado y las entidades prestadoras de salud se encuentran obligadas a prestarles la atención médica integral que requieran, de conformidad con el tratamiento ordenado por el médico tratante, con sujeción a los principios de celeridad, eficiencia, continuidad y oportunidad. En ese contexto, cuando un adulto mayor, sufre alguna afección que altere su salud o su vida en condiciones materiales de existencia, que lo conduzca a solicitar la atención médica necesaria, sea dentro o por fuera del plan obligatorio de salud y esta se niegue, gozará de protección constitucional puesto que el derecho a la salud es fundamental y el ordenamiento supremo exige mayores medidas para su protección”*¹²(Subrayas y Negrillas fuera del original).

Lo anterior nos da una clara perspectiva de que efectivamente el derecho fundamental de los adultos mayores prevalece frente a cualquier presupuesto formal, como quiera que la jurisprudencia Constitucional ha sido uniforme en considerar que la negativa de las entidades de salud a suministrar a las personas de la tercera edad los servicios que requieran, así estén excluidos del P.O.S, cuando han sido ordenados por el médico tratante y son necesarios para preservar su salud, es claramente una vulneración de sus derechos fundamentales, habida cuenta que se observa además , su avanzada edad y el grave estado de salud, se debe entonces otorgar una protección reforzada que se materialice con la garantía de una prestación continua, permanente y eficiente de los servicios médicos que requieran.

¹² CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA T-091 de 2011. MP. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

Expediente: 2013 00082 01
Actor: ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE MAYO DE 2013
Procedencia: JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema:

12.6 EL SERVICIO DE TRANSPORTE DEL PACIENTE Y EL ACOMPAÑANTE, COMO FORMA DE MATERIALIZAR EL DERECHO A LA SALUD.

Con relación al tema de los gastos de transporte, ha dicho la Corte Constitucional, en providencia la providencia hito sobre el tema del derecho a la salud:

“4.4.6.2. El transporte y la estadía como medio para acceder a un servicio.

Si bien el transporte y hospedaje del paciente no son servicios médicos, en ciertos eventos el acceso al servicio de salud depende de que al paciente le sean financiados los gastos de desplazamiento y estadía en el lugar donde se le pueda prestar atención médica.

La jurisprudencia constitucional, fundándose en la regulación¹³ ha señalado en varias ocasiones que toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud que requiera, lo cual puede implicar tener derecho a los medios de transporte y gastos de estadía para poder recibir la atención requerida. Así, por ejemplo, ha señalado que la obligación de asumir el transporte de una persona se trasladada a las entidades promotoras únicamente en los eventos concretos donde se acredite que “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.¹⁴⁻¹⁵ La jurisprudencia constitucional ha reconocido el derecho a acceder al transporte necesario para acceder al servicio de salud requerido, e incluso a la manutención cuando el desplazamiento es a un domicilio diferente al de la residencia del paciente, si se carece de la capacidad económica para asumir tales costos¹⁶.

¹³ En la sentencia T-350 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño), una de las principales decisiones dentro de esta línea jurisprudencial, se fundó en el artículo 2º de la Resolución No. 5261 de 1994 del Ministerio de Salud (*Manual de actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio del Sistema de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud*), en tanto señala que ‘cuando en el municipio de residencia del paciente no se cuente con algún servicio requerido, éste podrá ser remitido al municipio mas cercano que cuente con el (sic). Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria. (...)’.

¹⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-900/02 M.P. Alfredo Beltrán Sierra. En esta decisión, se analizaron algunos casos, donde los usuarios, al ser remitidos a lugares distintos al de su residencia para la práctica de distintos procedimientos médicos, pretendían que las respectivas EPS asumieran el valor de su transporte, solicitud que fue desestimada por la Corte ante la falta de concurrencia de los requisitos de incapacidad económica del paciente y su familia y conexidad entre el tratamiento y la vida e integridad física del mismo. Esta regla jurisprudencial también fue utilizada en un caso similar contenido en la Sentencia T-1079/01 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-197 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño).

¹⁶ En la sentencia T-975 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) la Corte ordenó a una EPS (SaludCoop), entre otras cosas, que autorizará los gastos de transporte y manutención en Bogotá que necesitara una persona residente en Chinchiná, Caldas, para poder recibir un transplante de riñón. La Corte contempló la eventualidad de que la persona requiriera ir con un acompañante.

Expediente: 2013 00082 01
Actor: ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE MAYO DE 2013
Procedencia: JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema:

Pero no sólo se ha garantizado el derecho al transporte y a otros costos que supone el desplazamiento a otro lugar distinto a aquel de residencia, para acceder a un servicio de salud requerido. También se ha garantizado la posibilidad de que se brinden los medios de transporte y traslado a un acompañante cuando este es necesario. La regla jurisprudencial aplicable para la procedencia del amparo constitucional respecto a la financiación del traslado del acompañante ha sido definida en los siguientes términos,“(i) el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado.”¹⁷.

Así pues, toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado¹⁸ También, como se indicó, tiene derecho a que se costee el traslado de un acompañante, si su presencia y soporte se requiere para poder acceder al servicio de salud.”(Las citas son de la providencia original).¹⁹

Como se puede observar, de acuerdo con las circunstancias especiales de salud y de situación económica del paciente, se hace necesario por las circunstancias e imposibilidad de prestar los servicios en ciertas ocasiones, de acuerdo al desarrollo y acceso tecnológico de la región, que los gastos de transporte y manutención necesarios para acceder al servicio, sea asumidos por la entidad encargada de costear los servicios de salud.

Por lo anterior, las Entidades Promotoras de Salud están en el deber de garantizar el acceso a la promoción, protección y recuperación de la salud, en cumplimiento de los servicios que se les ha confiado, sin que puedan incurrir en omisiones o realizar actuaciones que perturben la continuidad y eficacia del servicio (artículos 49 y 209 C.P.)²⁰.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-350 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño). Esta decisión ha sido reiterada por la Corte en varias ocasiones; entre otras, en las sentencias T-962 de 2005 (MP Marc Gerardo Monroy Cabra) y T-459 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

¹⁸ Recientemente, siguiendo la línea jurisprudencial citada, en la sentencia T-814 de 2006 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) la Corte resolvió ordenar a la EPS demandada (Seccional Cauca del Seguro Social, ARP) que garantizara la estadía y lo necesario para que el accionante [persona en clara situación de vulnerabilidad] fuera trasladado, junto con un acompañante, a la ciudad de Bogotá, a fin de que le practicaran los controles médicos y exámenes que requería.

¹⁹ Sentencia T-760 de 2008.

²⁰ Sentencias T-539 de 2003 y T-T-493 de 2006.

Expediente: 2013 00082 01
Actor: ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE MAYO DE 2013
Procedencia: JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema:

Adicionalmente, la Corte Constitucional nos ilustra sobre la interpretación y alcances de los casos en los cuales las entidades prestadoras de salud deben asumir en forma integral el servicio requerido por el paciente casos en los cuales incluso requiere para este y un acompañante el traslado a una ciudad diferente a la de residencia.

“El cubrimiento del traslado del paciente desde su lugar de residencia al sitio en el que debe recibir la prestación de los servicios médicos que requiere, en principio debe correr a cargo del paciente mismo o su familia, pues es en quien radica el deber de buscar los medios para recibir el tratamiento requerido y así restablecer su estado de salud.

Sin embargo, la garantía del derecho a la vida debe materializarse, y con el fin de lograr esto y no hacer nugatoria su protección, es necesario en ocasiones ampliar el espectro de protección del derecho con el fin de que su ejercicio sea real y efectivo.

Es por esto que en ciertos casos, el juez constitucional si lo considera necesario, tiene la potestad de ordenar, ya sea a cargo del Estado, de las Empresas Promotoras de Salud o de las Administradoras del Régimen Subsidiado, el acceso del paciente al lugar donde debe recibir el tratamiento, pues el no hacerlo implicaría en la práctica la continuación de la vulneración del derecho fundamental.

El precedente jurisprudencial desarrollado al respecto lo encontramos descrito en la Sentencia T 900 de 2002, con ponencia del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra donde explica:

“¿qué pasa cuando está probada la falta de recursos económicos del paciente o de los parientes cercanos y la negativa de la entidad prestadora de salud, en cuanto a facilitar el desplazamiento desde la residencia del paciente hasta el sitio donde se hará el tratamiento, la cirugía o la rehabilitación ordenada, y esta negativa pone en peligro no sólo la recuperación de la salud, sino vida o la calidad de la misma del afectado?”

En estos casos, debidamente probados, es cuando nace para el paciente el derecho de requerir del Estado la prestación inmediata de tales servicios, y, correlativamente, nace para el Estado la obligación de suministrarlos, sea directamente, o a través de la entidad prestadora del servicio de salud.”

En esta providencia también se establece la condición de haber requerido el servicio previamente ante la EPS accionada, condición que en el caso concreto no puede imponerse puesto que ante la negativa de la entidad a autorizar los exámenes prescritos no surge la posibilidad de solicitar el cubrimiento del traslado para su práctica, pues no existía una justificación para este traslado al no existir un procedimiento por realizar.

Expediente: 2013 00082 01
Actor: ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE MAYO DE 2013
Procedencia: JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema:

En relación con el cubrimiento para el traslado de un acompañante del paciente se ha establecido también un antecedente jurisprudencial, expresado claramente en la Sentencia T-197 de 2003 del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, que enuncia:

“La autorización del pago del transporte del acompañante resulta procedente cuando (i) el paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiere atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuentan con los recursos suficientes para financiar el traslado”.

Aplicando este antecedente al asunto bajo estudio encuentra la Sala que, como fue señalado anteriormente, la incapacidad económica del paciente y su familia se encuentran probadas dentro de la acción, por lo que es forzoso que sea el Estado quien cubra el desplazamiento que requiere el actor pues es la única manera de que éste logre una efectiva recuperación de su salud. (Negrillas de la Sala).

Por último, en relación con el cubrimiento del traslado de un acompañante de Gustavo Adolfo Sierra, considera la Sala que por causa de la esquizofrenia que padece y su dependencia a medicamentos que debe tomar diariamente para el mantenimiento de su estabilidad mental, es una persona que requiere atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas, por lo que autorizará también el cubrimiento del traslado de un acompañante.”²¹

En cuanto a la normativa que regula la materia, en lo referido a la prestación de servicios médicos fuera del lugar de residencia del paciente cuando en la misma no pueda realizarse, la Resolución 5261 de 1994 en su artículo 2, párrafo, indica:

“...Cuando en el municipio de residencia del paciente no se cuente con algún servicio requerido, este podrá ser remitido al municipio más cercano que cuente con el. Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria. Se exceptúan de esta norma las zonas donde se paga una U.P.C. diferencial mayor, en donde todos los gastos de transporte estarán a cargo de la E.P.S.”.

²¹ Sentencia T-099 de 2006.

Expediente: 2013 00082 01
Actor: ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE MAYO DE 2013
Procedencia: JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema:

Por su parte, la nueva normativa que regula el contenido del POS, el Acuerdo 029 de 2011 de la CRES “*Por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud*”, consagra sobre el tema en estudio:

“ARTÍCULO 42. TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES.

El Plan Obligatorio de Salud incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora.

El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el medio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente.

PARÁGRAFO. Si a criterio del médico tratante el paciente puede ser atendido por otro prestador, el traslado en ambulancia, en caso necesario, también hace parte del Plan Obligatorio de Salud. Igual ocurre en caso de ser remitido a atención domiciliaria.

ARTÍCULO 43. TRANSPORTE DEL PACIENTE AMBULATORIO.

*El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a un servicio o atención incluida en el Plan Obligatorio de Salud, no disponible en el municipio de residencia del afiliado, será cubierto con cargo a la prima adicional de las Unidades de Pago por Capitalización respectivas, **en las zonas geográficas en las que se reconozca por dispersión.**” (Negrillas de la Sala).*

Como se puede observar, la nueva normativa que regula el sistema de salud y el contenido del mismo, se queda corta con relación al servicio de transporte, dado que no ha incorporado como contenido del P.O.S el servicio de transporte, con los parámetros constitucionales trazados por la Corte, dado que solo incluye dicho servicio para el traslado urgente en ambulancia y en los casos en donde por las dificultades de acceso a los servicios de salud por condiciones geográficas²², por lo que el servicio de transporte, en el caso de los afiliados en el departamento de Sucre municipio de Sincelejo, NO se encuentra incluido en el P.O.S.

²² El Acuerdo 30 de 2011 de la CRES, por el cual se fija la UPC para el año 2012, determinando como zonas en donde se paga la prima adicional, los departamentos de Amazonas, Arauca, Casanare, Caquetá, Chocó, Guajira, Guanía, Guaviare, Meta, Putumayo, San Andrés y Providencia, Sucre, Vaupés, Vichada y de la región de Urabá, pero exceptuándose la ciudad de Sincelejo, entre otras.

Expediente: 2013 00082 01
Actor: ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE MAYO DE 2013
Procedencia: JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema:

12.7 FACULTAD DE RECOBRO DE LA ENTIDAD PRESTADORA DE SALUD E.P.S ANTE EL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA “FOSYGA”.

Si bien es cierto, los procedimientos médicos incluidos en plan obligatorio de salud están a cargo de las E.P.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. respectiva, la que puede acudir al recobro frente al organismo 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 dicho servicio por parte de las E.P.S. ´s., las mismas 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, es por esto 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.

Sobre este tema la H. Corte Constitucional ha manifestado:

“La EPS es autorizada a recobrar ante el Fondo de Solidaridad y Garantías, FOSYGA, cuando debe prestar o suministrar un servicio o medicamento que no se encuentra referenciado en el plan obligatorio de salud, POS, todo con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales de un ciudadano.”²³.

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

²³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-126 de 2010. MP. Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

Expediente: 2013 00082 01
Actor: ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE MAYO DE 2013
Procedencia: JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema:

de repetición contra el Estado, para recuperar aquellos valores que legalmente no estaba obligada a sufragar.”²⁴.

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.

*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., el ente accionado atendiendo al principio de atención integral debe prestar los servicios requeridos, teniendo la facultad de recobro frente al Estado.

12.8 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:

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-223 de 2006. MP. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Expediente: 2013 00082 01
Actor: ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE MAYO DE 2013
Procedencia: JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema:

“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”. 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.”²⁵

²⁵ 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

Expediente: 2013 00082 01
Actor: ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE MAYO DE 2013
Procedencia: JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema:

Para esta Corporación, por una parte, 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 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 Interprete 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 analiza²⁶

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

(“...”).

12.9. Caso Concreto

En esta instancia se requirió a la Clínica General de Sucre a fin de que informara del porqué no ha entregado el Kit consistente en tijera WAVE (BISTURI ARMONICO), GRAPADORA, GRAPADORA TIPO CONTOUR, CON TRES RECARGAS VERDES, GRAPADORA CIRCULAR CDH 29, TISSEEL DOS JERINGAS DE DIEZ MILIMETRO. Asimismo porqué no ha ordenado la cirugía consistente en resección abdomeno perineal, más colostomía definitiva, más linfadenectomía iliaca bilateral, (Escisión meso rectal total), más lavado peritoneal terapéutico al señor **ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA**, a lo que manifestaron:

“EN CALIDAD DE REPRESENTANTE LEGAL DE LA CLÍNICA GENERAL DE SUCRE LTDA. A USTEDES RESPETUOSAMENTE LE MANIFESTAMOS LO SIGUIENTE CON RELACIÓN AL NEGOCIO CITADO EN LA REFERENCIA:
EFECTIVAMENTE TENEMOS SUSCRITO CON LA NUEVA EPS UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS PERO EXCLUSIVAMENTE PARA LA ATENCIÓN DE CONSULTA EXTERNA MEDICA GENERAL Y ESPECIALIZADA Y ATENCIÓN ODONTOLÓGICA, ADEMÁS EL I,II Y III NIVEL AMBULATORIO, PARA NADA TENEMOS INCUMBENCIAS EN CIRUGÍAS , NI HOSPITALIZACIÓN, NI EN TRASLADOS, NI EN

²⁶ 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.

Expediente: 2013 00082 01
Actor: ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE MAYO DE 2013
Procedencia: JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema:

VIÁTICOS, LO CUAL BAJO NUESTRO ENTENDIDO PERTENECE A LA NUEVA EPS. TAMPOCO TENEMOS NADA QUE VER CON EL SUMINISTRO DE MATERIALES PARA ATENCIÓN MÉDICA O QUIRÚRGICA. PARA LO CUAL ADJUNTA COPIA DEL CONTRATO SUSCRITO CON LA NUEVA EPS EN LA PARTE PERTINENTE”.

Teniendo en cuenta el anterior informativo y las pruebas arrimadas con él, se procederá a desarrollar el caso en concreto.

En el presente caso, la acción de tutela es presentada por el señor ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA, por considerar que existe una presunta vulneración de los derechos fundamentales a la Dignidad humana, vida, salud y seguridad social, como consecuencia de la negativa de la NUEVA E.P.S., para emitir la orden de entrega del Kit consistente en tijera WAVE (BISTURI ARMONICO), GRAPADORA TIPO CONTOUR, CON TRES RECARGAS VERDES, GRAPADORA CIRCULAR CDH 29, TISSEEL DOS JERINGAS DE DIES MILIMETRO, y orden para la cirugía consistente en resección abdomen perineal, colostomía definitiva, linfadenectomía iliaca bilateral, (Escisión meso rectal total), lavado peritoneal terapéutico, así como reconocimiento de los gastos de traslado, estadía, transporte, y manutención de señor **ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA**, con su acompañante.

Se encuentra demostrado, que el señor **ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA**, presenta cáncer de recto, según historia clínica que reposa en el expediente, por lo que requiere de manera urgente y oportuna dicho tratamiento, es por ello que el día 18 de marzo de 2013, solicitó a la entidad accionada que se le hiciera entrega del kit y de los respectivos implementos que requiere para la cirugía, sin que se recibiera una respuesta positiva por parte de dicha entidad, argumentando esta última que no es posible la entrega de los mismos.

Así mismo se probó, las condiciones de salud del accionante; por ser una persona de la tercera edad, tiene derecho a una protección reforzada en salud, en tal medida, el Estado y las entidades prestadoras de salud se encuentran obligadas a prestarles la atención médica que requieran, de conformidad con lo prescrito por el médico tratante.

Así las cosas, para la Sala es claro que la entidad demandada se encuentra vulnerado los derechos fundamentales Dignidad humana, vida, salud y seguridad social del señor **ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA**, al no ordenar todo los implementos que requiere para la cirugía, así como el reconocimiento de los gastos de estadía, transporte y manutención a fin de que pueda acceder a los servicios de salud, de esa forma tener una mejor calidad de vida, ya que como se expresó su familia no cuenta con los recursos económicos para ello.

Por lo antes expuesto, al estar esta Corporación de acuerdo con lo resuelto por la juez que conoció del proceso en primera instancia, por encontrar debidamente probado, los

Expediente: 2013 00082 01
Actor: ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE MAYO DE 2013
Procedencia: JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema:

hechos que dieron origen a la presente acción, ordenará a la entidad accionada a que de cumplimiento de manera inmediata a lo resuelto el día 7 de mayo de 2013, cumpliendo lo expresado en las jurisprudencias antes citadas, las cuales establecen que en casos como el del sub examine, es cuando nace para el paciente el derecho de requerir del Estado la prestación inmediata de tales servicios, por su parte el deber de suministrarlos, a través de las entidades prestadoras del servicio de salud; así mismo se **ADICIONARÁ** en el sentido de otorgarle a la entidad accionada la facultad de repetir contra el Estado a través del **CONSORCIO SAYP**, para los procedimientos que no se encuentren incluidos en el P.O.S., incluido el servicio de transporte para el actor y su acompañante.

En cuanto a la **CLÍNICA GENERAL DE SUCRE LTDA**, se exonerará de toda responsabilidad en la prestación de su servicios médicos, habida cuenta que dentro de su contrato suscrito con la **NUEVA EPS**, entidad accionada en este caso, no se estipulan la prestación de servicios hospitalarios y tratamientos de enfermedades de alto costo tal como es el cáncer detectado al actor. Así las cosas, no sería posible perseguir a la **CLÍNICA GENERAL DE SUCRE LTDA**, para que preste servicios médicos al señor **ALFONSO NICOLAS BETTIN ACUÑA**, conforme a la respuesta suministrada por la **CLINICA GENERAL DE SUCRE LTDA**.

CONCLUSIÓN

De conformidad con el análisis precedente, y dando solución al problema jurídico planteado, esta Sala considera que la entidad demandada Nueva E.P.S., se encuentra vulnerado los derechos fundamentales del señor **ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA**, tal y como se expuso en el caso concreto, por tal motivo se ordenará a la demandada a que de cumplimiento del fallo de forma inmediata, a fin de no seguir vulnerando los derechos del accionante.

XIII. DECISIÓN

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL SUCRE**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo del 7 de mayo de 2013, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: ORDENAR a la entidad demandada **NUEVA EPS**, que de cumplimiento de forma inmediata a lo resuelto en el fallo del 7 de mayo del cursante año.

Expediente: 2013 00082 01
Actor: ALFONSO NICOLÁS BETTIN ACUÑA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 7 DE MAYO DE 2013
Procedencia: JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema:

TERCERO: ADICIONAR la providencia de 7 de mayo de 2013, el sentido de otorgarle a la entidad accionada la facultad de repetir contra el Estado a través del CONSORCIO SAYP, para los procedimientos que no se encuentren incluidos en el P.O.S., como son el servicio de transporte para el actor y su acompañante, en el caso de requerirse.

CUARTO: NOTIFIQUESE por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del Art. 30 del Decreto 2591 de 1991, y al juzgado de primera instancia.

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

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por el Tribunal en sesión de la fecha, según consta en Acta N° 060.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Magistrado

CESÁR E. GÓMEZ CÁRDENAS

Magistrado