



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

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, Veinte (20) de junio de dos mil trece (2.013)

Magistrado Ponente: Dr. MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente : 70 001 33 33 003 2013 00133 01
Actor: ARCELIO RAFAEL VILORIA RIVERA
Demandada: CAPRECOM EPS-S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Tema: MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS PARA NIÑO
MENOR DE TRES AÑOS.

SENTENCIA No. 028

I. OBJETO A DECIDIR

Decide la Sala la impugnación formulada contra la sentencia del 21 de mayo de 2.013, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Oral de Sincelejo, en la que se tutelaron los derechos invocados por la parte accionante.

II. ACCIONANTE

La presente Acción fue instaurada por el señor ARCELIO RAFAEL VILORIA RIVERA, identificado con C.C. No. 92.539.677 expedida en Ovejas-Sucre, quien actúa en representación de su menor hijo ARCELIO RAFAEL VILORIA MONTES.

Expediente : 70 001 33 33 003 2013 00133 01
Actor: ARCELIO RAFAEL VILORIA RIVERA
Demandada: CAPRECOM EPS-S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Tema: MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS PARA NIÑO MENOR DE TRES AÑOS.

III. ACCIONADO

La Acción está dirigida en contra de **CAPRECOM EPS-S**.

IV. ANTECEDENTES

4.1. La demanda

El señor ARCELIO RAFAEL VILORIA RIVERA, identificado con C.C. 92.539.677 expedida en Ovejas-Sucre, actuando en representación de su menor hijo ARCELIO RAFAEL VILORIA MONTES, presenta Acción de Tutela en contra de CAPRECOM EPS., por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud, derecho a la seguridad social, Desarrollo integral de los niños, Derecho a la Vida, en Condiciones Dignas y Justas.

4.2. Los hechos

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

Expresa que se encuentra afiliado al Régimen Subsidiado en Salud CAPRECOM EPS-S, en el cual, aparece como beneficiario de los servicios médicos en salud, su menor hijo ARCELIO RAFAEL VILORIA MONTES.

Afirma, que a su hijo se le diagnosticó DIARREA Y VOMITO, como consecuencia de dicha patología, fue internado el día 04 de mayo del presente año en la Clínica Salud Social de la ciudad de Sincelejo.

Precisa que a raíz de lo anterior a su hijo ARCELIO RAFAEL VILORIA MONTES, le fue ordenado un tratamiento médico por su galeno tratante el Dr. JORGE NEGRETTE LÓPEZ.

Igualmente relata, que para llevar dicho tratamiento y garantizar el buen estado de salud y la integridad física de su hijo menor de tan solo dos años, el médico ordenó que tomara unos medicamentos consistentes en ENTEROGMINA EN APOLLAS, PLITICAN GOTAS, PEPSAMAR SUSPENSION Y SUERO ORAL.

Declara el accionante, que debido a sus precarias condiciones no se encuentra en capacidad de sufragar los gastos que representa la compra de los medicamentos ordenados a su hijo ARCELIO RAFAEL VILORIA MONTES.

Expediente : 70 001 33 33 003 2013 00133 01
Actor: ARCELIO RAFAEL VILORIA RIVERA
Demandada: CAPRECOM EPS-S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Tema: MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS PARA NIÑO MENOR DE TRES AÑOS.

V. LO QUE SE PIDE

Con fundamento en los hechos relacionados, el accionante solicitó Tutelar los derechos fundamentales invocados en esta acción y ordenar a la parte tutelada lo siguiente:

Tutelar el derecho fundamental a la Salud y a la Seguridad Social de su hijo en consecuencia ordenar a la EPS CAPRECOM, que suministre con cargo a su patrimonio los costos de los medicamentos ordenados a su hijo menor ARCELIO RAFAEL VILORIA RIVERA durante todo el tiempo que sea necesario.

Del mismo modo, solicita como medida cautelar se ordene a la accionada suministrar los medicamentos de manera inmediata.

VI. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

6.1. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD CAPRECOM EPS-S

De manera oportuna, manifestó que CAPRECOM EPS-S, según su base de datos le ha prestado los servicios de salud que ha requerido el menor ARCELIO RAFAEL VILORIA MONTES para su tratamiento, se le han espedido autorizaciones de servicios por un valor de CUARENTICINCO MILLONES CIENTO TREINTISIETE MIL DOCIENTOS VEINTITRÉS PESOS M/Cte (\$45.137.223), según consta en los pantallazos del servicio aplicativo integra ARS, los cuales están anexados en el proceso.

Expone que CAPRECOM EPS ha cumplido con la prestación del servicio de salud del menor ARCELIO RAFAEL VILORIA MONTES, en lo que esta dentro de su competencia, pero que según la información dada por la líder de referencia y contrarreferencia el actor no ha realizado la solicitud a Caprecom Territorial Sucre, para la entrega de las autorizaciones de los medicamentos ENTEROGMINA AMPOLLAS, PLITICAN GOTAS, PEPSAMAR SUSPENSION Y SUERO ORAL, manifiesta que estos medicamentos NO están incluidos dentro del Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado según el Acuerdo N° 029 del 28 de Diciembre de 2011, expedido por la Comisión de Regulación de Salud; debido a que es una droga NO-POS y por competencia, debe ser asumido por la Secretaria de Salud Departamental de Sucre.

Por lo que Caprecom EPS-S no tiene la obligación de suministrarlos, ya que estos deben ser garantizados con los recursos destinados a la prestación de servicios de

Expediente : 70 001 33 33 003 2013 00133 01
Actor: ARCELIO RAFAEL VILORIA RIVERA
Demandada: CAPRECOM EPS-S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Tema: MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS PARA NIÑO MENOR DE TRES AÑOS.

salud de la población pobre no cubierta con subsidios a la demanda; para estos casos Caprecom EPS dará la orientación de cómo acceder, efectivamente a los servicios requeridos, acompañando en los trámites para reclamar dichas prestaciones, para que la entidad encargada cubra los gastos de salud que no están incluidos dentro del Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado, haciéndole entrega de una carta de direccionamiento ante la Secretaria de Salud donde se debe solicitar el servicio de medicamento ENTEROGMINA AMPOLLAS, PLITICAN GOTAS, PEPSAMAR SUSPENSION Y SUERO ORAL, la orientación y la carta de direccionamiento no se le ha podido entregar, ya que no se ha comparecido a la oficina respectiva a reclamarla.

Afirma la accionada, que esta claro, que Caprecom no ha violado derechos constitucionales en la medida de los argumentos expuestos y que también se deberá declarar la improcedencia de la Tutela.

Por lo expuesto, solicita vincular al Departamento de Sucre por medio de su Secretaria de Salud-ANTES Dassalud, por cuanto Caprecom EPS-S no tiene la obligación de suministrar medicamentos no POS, porque estos, deben ser garantizados por el Departamento de Sucre por medio de su Secretaria de Salud, esto teniendo en cuenta el Acuerdo N°029 del 28 de diciembre de 2011, expedido por la Comisión de Regulación en Salud, la ley 715 de 2001 y el artículo 31 del decreto 806 de 1998; al igual que las demás normas sustanciales y procesales.

VII. PRUEBAS DEL EXPEDIENTE

Las pruebas obrantes en el expediente son las siguientes:

- Fotocopia de la formula médica. ¹
- Fotocopia del Registro Civil del niño ARCELIO RAFAEL VILORIA MONTES. ²
- Fotocopia de la Cédula de ciudadanía del señor ARCELIO RAFAEL VILORIA RIVERA. ³
- Fotocopia de la constancia de las autorizaciones entregadas a la tutelante por un valor acumulado de \$45.137.223. ⁴
- Fotocopia de la carta de Direccionamiento ante la Secretaria de Salud Caprecom EPS-S. ⁵

¹ Folio 6 del C.Pal .

² Folio 7 del C.Pal.

³ Folio 8 del C.Pal.

⁴ Folio 21 y 22 del C.Pal.

⁵ Folio 23,24, y 25 del C.Pal.

Expediente : 70 001 33 33 003 2013 00133 01
Actor: ARCELIO RAFAEL VILORIA RIVERA
Demandada: CAPRECOM EPS-S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Tema: MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS PARA NIÑO MENOR DE TRES AÑOS.

VIII. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 21 de mayo de 2013, amparó los derechos fundamentales a la salud, la seguridad social, la integridad física, la igualdad y la vida digna solicitado por el señor ARCELIO RAFAEL VILORIA RIVERA, en representación del menor ARCELIO RAFAEL VILORIA MONTES, en consecuencia, ordenó a la entidad accionada CAPRECOM EPS-S, que en un término no mayor de 48 horas hábiles, siguientes a la notificación del fallo, proceda en caso de que no lo haya hecho, autorizar la entrega de: i) ENTEROGMINA EN AMPOLLAS, PLITICAN GOTAS, PEPAMAR SUSPENSION Y ii) SUERO ORAL, en la cantidad y calidad que sean ordenados por el médico tratante. Igualmente en atención a las condiciones de salud de la menor, ordenó a Caprecom EPS-S, a través de su representante legal o quien haga sus veces, adoptar medidas necesarias que le garanticen al menor ARCELIO RAFAEL VILORIA MONTES recibir todos los servicios de salud ordenados por los médicos tratantes tanto de la patología que padece (Diarrea y Vómito), como las que le sean diagnosticadas, servicios que sean necesarios para brindarle las condiciones dignas de vida, sin el deber de acudir nuevamente a la vía judicial.

Finalmente, el *a quo* autorizó a Caprecom EPS-S a repetir contra el FOSYGA en los costos en que incurra hasta el 100% del monto que la entidad tenga derecho a repetir, y que de acuerdo con la regulación vigente, no le corresponda asumir.

IX. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La entidad accionada CAPRECOM EPS-S, impugnó el fallo de tutela, solicitando que sea revocado y como consecuencia de ello, vincular a la Secretaría de Salud del Departamento de Sucre para ordenar a esa dependencia al suministro del medicamento, por ser NO POS, conforme en lo siguiente:

“...por lo tanto, puede concluirse, que corresponde al estado garantizar con recursos propios la prestación del servicio de salud, cuando la persona que requiere del mismo, no tiene la capacidad económica para sufragar su costo.

...CAPRECOM EPS, dará la orientación de cómo acceder, efectivamente, a los servicios requeridos, acompañado en los trámites para reclamar dichas prestaciones, para que la entidad encargada cubra los gastos de salud que no están incluidos dentro del Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado, para lo cual se le hará entrega de una carta de direccionamiento ante la Secretaría de Salud donde se debe solicitar el servicio de medicamento...”

Expediente : 70 001 33 33 003 2013 00133 01
Actor: ARCELIO RAFAEL VILORIA RIVERA
Demandada: CAPRECOM EPS-S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Tema: MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS PARA NIÑO MENOR DE TRES AÑOS.

Consideran que el fallo de tutela de primera instancia proferido por Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo le causa perjuicios a CAPRECOM, debido a que tiene que invertir recursos para hacer suministros que no son de su competencia, si no de la Secretaria de Salud Departamental en perjuicios de sus usuarios.

Manifiesta que la atribución a las Entidades Territoriales para atender el costo de los servicios NO POS en el Régimen subsidiado, encuentra un claro fundamento en las leyes 100 de 1993(Art.215 y sig.) y 715 de 2001(Art. 43), las cuales, además de atribuirle a “las Direcciones Locales, Distritales y Departamentales de Salud” y a “los Fondos Seccionales, Distritales y Locales de Salud”, la administración del régimen y el manejo de los recursos pertenecientes al mismo, expresamente le asignan a las primeras la asunción de los servicios de salud no cubiertos con los subsidios a la demanda, esto es, de los servicios no incluidos en el POS subsidiado.

X. RECUENTO PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del 29 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 30 de mayo de 2013, siendo finalmente recibido por este despacho en la fecha 31 de mayo de 2013, para ser finalmente admitida la impugnación, mediante proveído de fecha junio 04 de 2013.

XI. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

11.1. 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**.

11.2. Problema jurídico.

1. ¿Se vulnera el derecho a la vida, a la salud y seguridad social por la no entrega de medicamentos por parte de la EPS-S, no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, siendo que el beneficiario de dichos tratamientos es un sujeto de especial protección Constitucional?

Expediente : 70 001 33 33 003 2013 00133 01
Actor: ARCELIO RAFAEL VILORIA RIVERA
Demandada: CAPRECOM EPS-S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Tema: MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS PARA NIÑO MENOR DE TRES AÑOS.

En desarrollo del problema jurídico, se mirarán los siguientes aspectos: (i) *Procedencia de la acción de tutela*; (ii) *El derecho fundamental a la salud de los niños y su protección por medio de la acción de tutela*; (iii) *Jurisprudencia constitucional respecto de servicios médicos excluidos del Plan Obligatorio de Salud y prestación de Servicios del POS-S a cargo de la EPS-S.*; (iv) *primacía del derecho fundamental a la salud frente al trámite judicial*; (v) *Caso concreto.*

I 1.3. Procedencia 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.

Ahora bien, la salud fue consagrada por el Constituyente de 1991 en el artículo 49 de la Carta Política, como un concepto que goza de una doble connotación: como derecho fundamental y como servicio público. De manera tal, que le atribuye al Estado, la carga de asegurar la atención en salud, como servicio público, al tiempo que reconoce en todo individuo la potestad de exigir el acceso satisfactorio a todas las dimensiones que integran, lo que se traduce en su proclamación como derecho.

I 1.4. El derecho fundamental a la salud de los niños y su protección por medio de la acción de tutela.

Sobre la procedencia de la acción de tutela como medio de protección; nuestro máximo tribunal constitucional se ha expresado en innumerables fallos como mecanismo eficaz para proteger el derecho a la salud, especialmente, el de los niños y niñas, sin importar otras situaciones como si los tratamientos o medicamentos requeridos tengan otra forma de protección.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-855 de 2010, expresa:

Expediente : 70 001 33 33 003 2013 00133 01
Actor: ARCELIO RAFAEL VILORIA RIVERA
Demandada: CAPRECOM EPS-S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Tema: MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS PARA NIÑO MENOR DE TRES AÑOS.

“De conformidad con lo previsto en el artículo 44 de la Constitución, por tener el carácter de ‘fundamental’, debe ser protegido en forma inmediata por el Juez Constitucional en los casos en que sea vulnerado.”⁶

El alcance del derecho constitucional a la salud de niños y niñas ha sido interpretado por la Corte Constitucional, de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos⁷ los cuales hace parte el Estado Colombiano. (.....)

Así, esta Corporación se ha referido en varias ocasiones a la especial protección que se debe dar a un menor cuando padece alguna enfermedad, siendo obligadas las empresas promotoras de salud a prestar los servicios de salud necesarios, inclusive cuando los procedimientos, medicamentos o los tratamientos no estén cubiertos por el plan obligatorio de salud⁸.

De este modo, en sentencia T-799 de 2006 la Corte destacó que “la fundamentalidad del derecho a la salud de la niñez implica que los servicios de salud que deben brindarse son tanto aquéllos incluidos en los planes obligatorios de salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado y en planes adicionales como aquéllas prestaciones contempladas en diferentes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de conformidad con los cuales deben interpretarse los derechos constitucionales (...)”⁹.

Conviene agregar que en sentencia T-998 de 2007, se dispuso que la protección del derecho fundamental a la salud de los niños, no sólo obedece al reconocimiento de su condición de sujeto de especial protección constitucional -dada la circunstancia de debilidad manifiesta en la que se encuentran-, sino a la necesidad de que la familia, la sociedad y el Estado den cumplimiento a los principios de igualdad y solidaridad que orientan la construcción del Estado Social de Derecho¹⁰.

Bajo esta perspectiva, la Corte ha afirmado que los jueces de tutela deben garantizar la efectividad del derecho fundamental a la salud de los menores, en los casos en que su núcleo esencial se encuentre amenazado o vulnerado¹¹, esto es, cuando el menor está ante “a) la existencia de un atentado grave contra la salud (...); b) la imposibilidad de evitar la actitud que se reprocha; c) el riesgo potencial y cierto del derecho a la vida y de las capacidades físicas o psíquicas del niño.”¹² (SUBRAYADO FUERA DEL TEXTO)

Con fundamento en los postulados constitucionales favorables a los niños, la jurisprudencia constitucional de ésta Corporación ha establecido que éstos son sujetos de especial protección constitucional. Por ello, sus derechos e intereses son de orden superior y prevaleciente la vigencia de los

⁶ Ver las sentencias T-137 de 2006, T-614 de 2007, T-127 de 2007, T-840 de 2007, T-862 de 2007, T-576 de 2008, T-282 de 2008, T-1081 de 2008.

⁷ Observación no. 14 del Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Documento E/C.12/2000/4 de Agosto 11 de 2000.

⁸ Sentencia T-1211 de 2003, T-986 de 2006, T-695 de 2007, T-443 de 2004, T-650 de 2009, T-973 de 2006, T-840 de 2007 entre otros.

⁹ Sentencia T-973 de 2006.

¹⁰ Sentencia SU-225 de 1998.

¹¹ Sentencias T-974 de 2000, T-864 de 1999, T-727 de 1998 y T-415 de 1998.

¹² Sentencia T-864 de 1999.

Expediente : 70 001 33 33 003 2013 00133 01
Actor: ARCELIO RAFAEL VILORIA RIVERA
Demandada: CAPRECOM EPS-S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Tema: MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS PARA NIÑO MENOR DE TRES AÑOS.

misimos debe ser promovida en el ámbito de las actuaciones públicas o privadas. En este contexto, en virtud de las cláusulas constitucionales de protección de los derechos de los menores, la Corte Constitucional ha afirmado que el derecho a la salud de niños y niñas es de carácter autónomo y debe ser garantizado de manera inmediata y prioritaria. En concordancia con el mismo, las necesidades de niñas y niños deben ser cubiertas eficazmente.

En este ámbito, no obstante la autonomía del Estado para diseñar políticas públicas orientadas a organizar la prestación del servicio público de salud, no es posible oponer obstáculos de tipo legal ni económico para garantizar tratamientos médicos a menores de edad. Igualmente, la asistencia en salud que requieren niños y niñas debe ser prestada de manera preferente y expedita dada la situación de indefensión en que se encuentran.

Es por ello que los niños beneficiarios del Plan Obligatorio de Salud, que se rige por el principio de integralidad, tienen derecho a que se les suministren aquellos elementos indispensables para corregir un defecto físico, pues está en juego su derecho fundamental a la salud (art. 44) y su desarrollo armónico, completo y adecuado. El Estado, no puede poner barreras o hacer exclusiones en torno a este derecho cuando se trata de los niños.¹³

De acuerdo con lo anterior y conforme a lo expuesto en el artículo 86 de la Constitución y en el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, la doctrina constitucional ha considerado que la protección superior de la salud de los menores, también exige una demostración clara y contundente de la amenaza o vulneración del derecho a la salud.”

En consecuencia, el derecho a la salud de los niños tiene una protección especial por la Constitución Política, por lo tanto no se requiere que esté en conexidad con otro derecho para que sea protegido, por el juez Constitucional a través de la acción de tutela y puede ser objeto de protección, sin importar si lo solicitado y requerido por el niño está o no en un Plan Obligatorio o subsidiado de salud.

Conforme lo estipula la Corte Constitucional es más que procedente la acción de tutela como mecanismo eficaz para la protección de la salud de los niños, pues ya se dejó claro que la atención a ellos es preferente por la situación de indefensión en que se envuelven, y cualquiera omisión que no revista la capacidad de atención especial hacia ellos, estará vulnerando sus derechos fundamentales.

¹³ Sentencia T-556 de 1998.

Expediente : 70 001 33 33 003 2013 00133 01
Actor: ARCELIO RAFAEL VILORIA RIVERA
Demandada: CAPRECOM EPS-S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Tema: MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS PARA NIÑO MENOR DE TRES AÑOS.

11.5. Jurisprudencia constitucional respecto de servicios médicos excluidos del Plan Obligatorio de Salud y Prestación de Servicios del POS-S a cargo de la EPS-S.

Conocido es por la comunidad en general, incluido dentro de ella las EPS, cuales son los requisitos que deben cumplirse para que por medio de una acción de tutela se puedan ordenar tratamientos, medicamentos que estén por fuera de los planes obligatorios de salud. Esos requisitos son los que a continuación expone nuestro máximo Tribunal constitucional así:

“...Esta Corte ha señalado que la exclusión de algunos medicamentos, procedimientos y servicios del plan obligatorio de salud se justifica en buena medida por las limitaciones presupuestales existentes en el contexto Colombiano, las cuales en todo caso no pueden servir de pretexto, ni excusa para vulnerar derechos fundamentales, por lo que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en cualquiera de los planes de salud, cuando (i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.

Señaló este Tribunal en sentencia T-760 de 2008:

“En adelante, para simplificar, se dirá que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera [que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv)] con necesidad [condición (iii)]. Como lo mencionó esta Corporación, ‘(...) esta decisión ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud, como en el régimen subsidiado, indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección, a la enfermedad que padece la persona o al tipo de servicio que ésta requiere’.¹⁴”

Para la Sala es claro, que todos los requisitos antes exigidos se deben cumplir cuando se esta negando la posibilidad de recuperación a un niño por no estar el tratamiento dentro del plan obligatorio de salud; sin embargo, este no es el caso sub examine, ya que los medicamentos ENTEROGMINA AMPOLLAS, PLITICAN GOTAS, PEPSAMAR SUSPENSION (Antiácido) Hidróxido de Aluminio y SUERO ORAL (Suero Mineral) recetados por el médico tratante DR JORGE NEGRETTE LÓPEZ al menor ARCELIO RAFAEL VILORIA MONTES, si se encuentran incluidos dentro del Plan Obligatorio de

¹⁴ Sentencia T 650 de 2009.

Expediente : 70 001 33 33 003 2013 00133 01
Actor: ARCELIO RAFAEL VILORIA RIVERA
Demandada: CAPRECOM EPS-S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Tema: MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS PARA NIÑO MENOR DE TRES AÑOS.

Salud Subsidiado POS-S, así lo indica el Artículo 31¹⁵ y 67¹⁶ del Acuerdo 029 de 2011 de la CRES, por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011, normativa que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud, es en este mismo acuerdo donde se fijan los procedimientos que están a cargo o no de las Entidades Prestadoras del Servicio EPS-S., en concordancia con los consagrado en el Acuerdo 032 de 2012, que unifica el contenido del POS Y EL POS-S; por lo tanto, no entendemos la negativa de CAPRECOM EPS-S al no suministrar el medicamento necesitado por el menor, pues debió entregarlo, ya que de acuerdo a la normativa anteriormente descrita, están en la obligación de suministrarlo estén o no estén dentro del POS-S, no obstante el médico tratante debió emitir el tratamiento con medicamentos genéricos para que CAPRECOM EPS-S entregara sin excusa alguna el tratamiento requerido al menor ARCELIO RAFAEL, a través de la clínica salud social, tal como lo ordena la normatividad respectiva., sobretodo que los mismo eran requerido de forma urgente para superar el estado del menor y que días después ya no se iban necesitar.

11.6. Recobro de la Entidad Prestadora de Salud del Régimen subsidiado EPS-S ante el ente territorial encargado.

Deberá cumplirse dos condiciones para que se autorice a la EPS a ejercer la facultad de recobro ante el Estado:

“... (i) 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, (ii) que la persona no tenga la capacidad de pago para asumir personalmente el costo del tratamiento o medicamento que requiere.”¹⁷

De cumplirse con los requisitos antes mencionados, la entidad prestadora de servicios se verá obligada a proporcionar y pagar el tratamiento requerido por el paciente así éste no se encuentre incluido dentro del plan obligatorio de salud -POS-. Sin embargo, la respectiva EPS aún cuenta con la posibilidad de recurrir al Fondo de Solidaridad y Garantías para recobrar los gastos en que haya tenido que incurrir para sufragar el

¹⁵ **Artículo 31. Garantía de continuidad a los medicamentos.** Las Entidades Promotoras de Salud deberán garantizar al paciente ambulatorio de forma continua e ininterrumpida la continuidad del tratamiento iniciado en la modalidad hospitalaria o viceversa, según criterio del profesional tratante y la cobertura del Plan Obligatorio de Salud.

¹⁶ **Artículo 67. Atención en salud.** El Plan Obligatorio de Salud para los menores de dieciocho (18) años de edad cubre todas las tecnologías en salud descritas en los Anexos 01 y 02 del presente Acuerdo, según las condiciones establecidas en el Título II y las coberturas especiales del presente Título.

¹⁷ SENTENCIA T-233 DE 2011

Expediente : 70 001 33 33 003 2013 00133 01
Actor: ARCELIO RAFAEL VILORIA RIVERA
Demandada: CAPRECOM EPS-S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Tema: MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS PARA NIÑO MENOR DE TRES AÑOS.

tratamiento o procedimiento que tuvo que prestar por fuera del plan obligatorio de salud. Así quedó establecido en la sentencia T-126 de 2010 de la siguiente manera:

“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.”

En la sentencia T-223 de 2006 se manifestó:

“(…) cuando por el acatamiento de lo descrito en el Plan Obligatorio de Salud, se causa un perjuicio a derechos fundamentales como la vida, la integridad personal o la dignidad de la persona que requiere de los servicios por ellas excluidos, tal reglamentación debe inaplicarse y se debe ordenar su suministro, para garantizar el goce efectivo de los derechos y garantías constitucionales. Así, cada situación concreta deberá ser evaluada, pues en casos de enfermedad manifiesta y ante la urgencia comprobada de la necesidad de esos servicios, no existe norma legal que ampare la negativa de prestarlos ya que por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema. En tales casos, ha determinado la Corporación, que los costos del tratamiento serán asumidos por la entidad del sistema a que corresponda la atención de la salud del paciente, pero ésta, tendrá derecho a la acción de repetición contra el Estado, para recuperar aquellos valores que legalmente no estaba obligada a sufragar”¹⁸

Luego, 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:

“4.3.4. En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si (sic) 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.”

Adicionalmente, reitera esta misma corporación, que la EPS-S tiene la obligación de prestar el servicio de salud integralmente, teniendo en cuenta que Caprecom podrá hacer el recobro ante el ente territorial encargado, así en sentencia de la Sala primera de decisión oral, con ponencia del doctor Luis Carlos Alzate Ríos¹⁹ dispuso lo siguiente:

¹⁸ Relatoría/2006/T-223-06

¹⁹ Sentencia No. 035 del dieciocho (18) de abril de dos mil trece (2013).

Expediente : 70 001 33 33 003 2013 00133 01
Actor: ARCELIO RAFAEL VILORIA RIVERA
Demandada: CAPRECOM EPS-S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Tema: MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS PARA NIÑO MENOR DE TRES AÑOS.

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

Así las cosas, es menester analizar la aplicación de dicha facultad frente a cada caso en particular, habida consideración que dicho recobro se puede hacer efectivo en dos sentidos, i). Cuando el servicio médico no se encuentra incluido dentro del P.O.S., y el paciente está afiliado al régimen Contributivo, la E.P.S. respectiva tendrá la facultad de repetir contra el Estado a través del FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA “FOSYGA”, y ii) Cuando el servicio médico no se encuentra incluido dentro del POS-S, y el paciente está afiliado al régimen Subsidiado, la E.P.S.-S. Tendrá la facultad de repetir contra el Estado a través del Ente Territorial Departamental de Salud.

En el caso sub examine, se tiene que el paciente se encuentra afiliado al régimen SUBSIDIADO por medio de CAPRECOM E.P.S.-S...

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

II.7 Primacía del derecho fundamental a la salud frente al trámite judicial:

Es importante resaltar que no compartimos la tesis de la Corte Constitucional cuando esta Corporación le da primacía a la 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 permite ir ante la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD mediante una solicitud que establezca la causal que lo motiva, el derecho que considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos que ocurrieron para que se diera la presunta violación del derecho a la salud vulnerado por la no entrega de medicamentos no incluidos en el POS.

Es claro, que se debe actuar siempre considerando que el trámite judicial no puede entorpecer la consecución del objetivo perseguido por un derecho fundamental. En estos casos se debe tener en cuenta la importancia y la urgencia de hacer exigible el

Expediente : 70 001 33 33 003 2013 00133 01
Actor: ARCELIO RAFAEL VILORIA RIVERA
Demandada: CAPRECOM EPS-S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Tema: MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS PARA NIÑO MENOR DE TRES AÑOS.

derecho a la salud, y por consiguiente debe prevalecer sobre los simples trámites que puedan existir para hacer efectivo este derecho.

Debe quedar claro que el principio de la prevalencia del derecho constitucional sobre los tramites judiciales, no debe llevar al incumplimiento de éstas por un capricho, pero tampoco se puede desconocer el derecho a la salud cuando el objetivo es la atención médica de un niño menor de 3 años el cual requiere de cuidado y atención en el mismo instante que lo necesite; por ello, consideramos que la tutela sí es el mecanismo adecuado para la protección del derecho a la salud.

Conforme a este tema, la Sala primera de decisión oral de este mismo Tribunal, con ponencia del doctor Luis Carlos Alzate Ríos prevé lo siguiente:

“...Esta Corporación no comparte que un trámite “judicial” ante una autoridad administrativa, pueda ser interpretado como un mecanismo idóneo para proteger el derecho a la salud, frente a la acción de tutela que se ha convertido en el medio por excelencia para la protección de este derecho ahora interpretado como fundamental de forma directa, y por otro lado, no puede ser acogida dicha posición, dado que no deja de ser una interpretación aislada de una Sala de la Corte, materializada en tan solo las 3 providencia citadas, existiendo una línea uniforme, tanto anterior como posterior a las decisiones en mención, en donde el Máximo Intérprete de la Constitución ha consolidado una serie de subreglas interpretativas para la procedencia de la tutela en pro de garantizar el derecho fundamental que se analiza²⁰...”

Vistas las consideraciones normativas y jurisprudenciales expuestas, entrará la Sala a resolver el asunto puesto a consideración.

II.8. CASO CONCRETO

En el presente caso, la acción de tutela es presentada por el señor ARCELIO RAFAEL VILORIA RIVERA, quien actúa en representación de su menor hijo ARCELIO RAFAEL

²⁰ 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 : 70 001 33 33 003 2013 00133 01
Actor: ARCELIO RAFAEL VILORIA RIVERA
Demandada: CAPRECOM EPS-S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Tema: MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS PARA NIÑO MENOR DE TRES AÑOS.

VILORIA MONTES, el cual padece de Diarrea y Vómito, afiliado a CAPRECOM, dentro del régimen subsidiado.

Estima el tutelante, que la entidad accionada se encuentra vulnerando los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la vida, a los niños, salud, vida en condiciones dignas, entre otros, a su menor hijo; por cuanto, se niega ordenar la entrega de medicamentos consistentes en ENTEROGEMINA EN APOLLAS, PLITICAN GOTAS, PEPSAMAR SUSPENSION Y SUERO ORAL, ordenados por el médico tratante Dr. JORGE NEGRETTE LÓPEZ, de la IPS Clínica Salud Social S.A.S.

Por su parte, la entidad demandada argumenta que ellos ha cumplido con la prestación del servicio de salud del menor, en lo que esta dentro de su competencia, manifiesta que estos medicamentos NO están incluidos dentro del Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado, por lo que Caprecom EPS-S no tiene la obligación de suministrarlos, por cuanto es una droga NO POS y por competencia, debe ser asumido por la Secretaria de Salud Departamental de Sucre, ya que estos deben ser garantizados con los recursos destinados a la prestación de servicios de salud de la población pobre; también preciso el accionado que se debe declarar la improcedencia de la Tutela.

El juez de instancia tuteló los derechos incoados, ordenando que la accionada, proceda en un término no mayor de 48 horas hábiles autorizar la entrega del medicamento en la cantidad y calidad que sean ordenados por el médico tratante, como las que le sean diagnosticadas, servicios que sean necesarias para brindarle las condiciones dignas de vida, sin el deber de acudir nuevamente a la vía judicial, así mismo autorizó a Caprecom EPS-S a repetir contra el FOSYGA en los costos en que incurra hasta el 100% del monto que la entidad tenga derecho a repetir, y que de acuerdo con la regulación vigente, no le corresponda asumir.

Así las cosas, tenemos que la entidad demandada no acoge la solicitud de entregar el medicamento formulada por el médico tratante de la IPS Clínica Salud Social Dr. JORGE NEGRETTE LÓPEZ al niño ARCELIO RAFAEL VILORIA MONTES, quien sufre de Diarrea y Vomito, impidiendo con ello preservar su estado de salud en condiciones dignas, dejando así al azar la salud y la vida del niño menor de 3 años, olvidaron con ello las consecuencias nefastas que tendría el menor, por el incumplimiento de esta entidad al no entregarle el medicamento descrito por el medico tratante, pues si bien el niño fue hospitalizado tal como lo indica el actor y no siendo controvertido por el accionado se tendrá por cierto, es porque las condiciones en que se encontraba no eran las mejores.

Expediente : 70 001 33 33 003 2013 00133 01
Actor: ARCELIO RAFAEL VILORIA RIVERA
Demandada: CAPRECOM EPS-S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Tema: MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS PARA NIÑO MENOR DE TRES AÑOS.

Por lo anterior, para la Sala no es de recibo lo argumentado por el representante legal de CAPRECOM EPS S, para negar la entrega del medicamento al niño ARCELIO RAFAEL VILORIA MONTES, así como tampoco aceptamos que afirme que el medicamento se encuentra fuera del POS y que por esas razones no se le haya suministrado de manera inmediata, ya que como se explicó anteriormente en las consideraciones, encontramos que estos si se encuentran dentro del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POS-S²¹.

De igual modo, no encontramos argumento válido de la entidad accionada al especificar que no le fue entregado el medicamento al menor por el hecho de que el competente para hacerlo es la Secretaria de Salud Departamental de Sucre, pues como ya se explico anteriormente el derecho a la salud de los niños es prioridad y ningún tramite será el que obstaculice el goce del derecho a la salud de los menores en condiciones dignas.

Se observa igualmente que CAPRECOM EPS-S podrá hacer el recobro frente al Estado a través del ente territorial correspondiente y no al FOSYGA como lo indico Primera Instancia, cuando los tratamientos que se ordenen se encuentren excluidos del Plan Obligatorio de Salud POS-S, pues en primer lugar el accionado es quien deberá prestar los servicios requeridos.

Resulta importante resaltar la especial protección constitucional que se debe garantizar al niño ARCELIO RAFAEL, puesto que existe una obligación de protección inmediata por ser menor de edad, su derecho a la salud les garantiza también su desarrollo y crecimiento, implica considerar aspectos en los que un determinado servicio de salud puede ser indispensable y significar mejoras enormes. En este orden de ideas, tenemos que las razones de CAPRECOM EPS-S, como se expresó, no son de recibo por esta colegiatura, ya que en reiteradas providencias emitidas por el Máximo Tribunal, se ha protegido el derecho a la salud a menores que no reciben una cobertura efectiva e integral en materia de salud.

En este contexto, no cabe duda de que el diagnostico de Diarrea y Vómito de un niño menor de 3 años, al cual lo tuvieran que hospitalizar, es una razón más que suficiente para protegerlo especialmente porque es latente la debilidad manifiesta en la que se

²¹ Acuerdo 029 del 28 de Diciembre del 2011.

Expediente : 70 001 33 33 003 2013 00133 01
Actor: ARCELIO RAFAEL VILORIA RIVERA
Demandada: CAPRECOM EPS-S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Tema: MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS PARA NIÑO MENOR DE TRES AÑOS.

encuentra, pues no hacerlo sería ubicarla en un plano de desigualdad que resulta inadmisibles a la luz de los mandatos establecidos en la Constitución Política.

XII. CONCLUSIÓN

De conformidad con el análisis efectuado, la Sala concluye que la CAPRECOM EPS-S., se encuentra vulnerando los derechos fundamentales del niño ARCELIO RAFAEL VILORIA MONTES, al no entregar el medicamento consistente en ENTEROGEMINA EN APOLLAS, PLITICAN GOTAS, PEPSAMAR SUSPENSION Y SUERO ORAL, ordenadas por el médico tratante, desconociendo que el menor es sujeto de especial protección constitucional.

De la respuesta al problema jurídico encontramos que si hay vulneración del derecho a la vida, a la salud y seguridad social por parte del accionado al dejar la salud de un niño librado al azar por no entregar el medicamento requerido por el médico tratante, no obstante precisamos que la acción de tutela si es procedente como lo ha dicho la Corte Constitucional para proteger aquellos tratamientos de recuperación integral de los niños y niñas, sin importar si las mismas están o no en un plan obligatorio de salud, con el objeto de hacer efectiva la protección especial consagrada en la constitución para ese tipo de personas.

Por lo expuesto anteriormente, la Sala CONFIRMARÁ PARCIALMENTE la sentencia impugnada proferida el 21 de mayo de 2013 por el JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, por cuanto no se tendrá en cuenta el numeral QUINTO de la parte resolutive que autoriza a CAPRECOM EPS-S repetir contra el FOSYGA en los costos en que incurra hasta el 100% del monto que la entidad tenga derecho a repetir, y que de acuerdo con la regulación vigente, no le corresponda asumir, ya que el recobro se hará ante la Secretaria de Salud del Departamento de Sucre por tratarse de un POS-S.

Todo lo anterior, es lo que hace que esta Colegiatura compulse copias a la SuperSalud para que se investigue el actuar de la aquí accionada.

XIII. DECISIÓN

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

Expediente : 70 001 33 33 003 2013 00133 01
Actor: ARCELIO RAFAEL VILORIA RIVERA
Demandada: CAPRECOM EPS-S
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Tema: MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS PARA NIÑO MENOR DE TRES AÑOS.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada, esto es la sentencia proferida el 21 de mayo de 2013 por el JUZGADO TERCERO ADMISNITRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO-SUCRE, en el sentido que no se tendrá en cuenta el numeral QUINTO de la parte resolutive de la misma.

SEGUNDO: MODIFICAR el Numeral Quinto de la Sentencia antes mencionada en el sentido de que CAPRECOM EPS-S repetirá por el medicamento ENTEROGMINA AMPOLLAS a la Secretaria de salud del Departamento de Sucre y no al FOSYGA. En los demás aspectos queda igual.

TERCERO: NOTIFÍQUESE por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del Art. 30 del Decreto 2591 de 1991.

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

QUINTO: COMPÚLSESE copias de lo aquí actuado a la SUPERSALUD, para que investiguen el actuar de la entidad accionada.

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 No. 063.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado

LUIS CARLOS ALZATE RIOS

Magistrado

CESAR E. GÓMEZ CÁRDENAS

Magistrado