



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

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, doce (12) de septiembre de dos mil trece (2.013)

Magistrado Ponente: Dr. MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

| | |
|------------|------------------------------|
| Expediente | 7001 33 33 006 2013-00186-01 |
| Actor | LUÍS SIMÓN ÁLVAREZ VILLALBA |
| Demandada | NUEVA EPS |
| Acción | TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA |
| Tema | MEDICAMENTOS NO POS |

SENTENCIA No. 039

I. OBJETO A DECIDIR

Decide la Sala la impugnación formulada contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, el día 8 de agosto de 2.013¹, en la que se tuteló los derechos fundamentales invocados por el señor **LUÍS SIMÓN ÁLVAREZ VILLALBA**, presuntamente conculcado por la entidad demandada.

II. ACCIONANTE

La presente Acción fue instaurada por el señor **LUÍS SIMÓN ÁLVAREZ VILLALBA**, identificado con C.C.6.807.686 de Sincelejo.

¹ Folios 61-73 C. Ppal

Expediente: 2013 00186 01
Actor: LUÍS SIMÓN ÁLVAREZ VILLALBA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 8 DE AGOSTO DE 2013
Procedencia: JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema: MEDICAMENTOS NO POS

III. ACCIONADO

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

IV. ANTECEDENTES

4.1. La demanda

El señor **LUÍS SIMÓN ÁLVAREZ VILLALBA**, 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 salud, seguridad social, vida y calidad de vida, dignidad humana, igualdad y demás que le sean conexos.

4.2. Los hechos

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

Expresa el tutelante, que desde el mes de abril del 2013, presenta síntomas de inflamación y obstrucción en la micción, como la evolución ha sido progresiva y negativa, motivo por el cual inició el proceso previo para una cita especializada ante la Nueva E.P.S. S.A., una vez obtuvo la consulta, lo atendió el Dr. Guillermo García Tuñón, quien en la primera revisión valoró su estado de salud por medio de examen físico y ordenó un estudio más profundo que el realizado en aquella.

Manifiesta que el 12 de junio del presente año fue sometido al estudio médico denominado URETROCISTOCOPÍA, el cual mostró “CUELLO VESICAL OBSTRUIDO”. Como tratamiento se le formuló tamsulasina tabletas de 0.4 mg, 1 pastilla diaria. Ordenándole a su vez cita de control en un mes. En esa consulta el médico le informó que si no mejoraba en 30 días con el tratamiento, el manejo de su caso se realizaría por medio de una cirugía de la vejiga, pero al respecto hablarían en la cita de control.

Expresó, que gestionó ante la NUEVA E.P.S, las órdenes médicas del 12 de junio. Precisó, que el medicamento es NO POS, por tanto la orden médica del mismo debe ser evaluada y autorizada por el Comité Técnico Científico de la EPS, por lo que durante tres semanas asumió su costo.

Actualmente no posee recursos económicos y no ha sido valorado nuevamente por el especialista, por tanto no ha sido posible renovar la fórmula médica para un nuevo tratamiento; en consecuencia, se encuentra sin medicación y padeciendo los síntomas evolutivos de dicha patología.

Expediente: 2013 00186 01
Actor: LUÍS SIMÓN ÁLVAREZ VILLALBA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 8 DE AGOSTO DE 2013
Procedencia: JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema: MEDICAMENTOS NO POS

El demandante afirmó, que la cita de control en 30 días debió ser programada para el 12 de julio de 2013, pero esta fue autorizada para el 16 de agosto, sin embargo, para que se haga efectiva debe confirmarla telefónicamente antes, es decir, no se le garantiza la atención sin previa confirmación.

Expuso que sus síntomas no mejoran, por el contrario, se agudizan, no duerme bien, ni pasa el día bien porque permanece inflamado en la zona afectada, la vejiga y el riñón (solo tiene uno); algo tan simple como la micción le resulta una tortura por lo doloroso. No puede dedicarse a las actividades domésticas acostumbradas, tampoco puede salir de casa a realizar diligencias, o actividades de esparcimiento, debe ir muchas veces al baño porque el proceso de micción no es completo sino segmentado, escaso y debe realizarlo con mucha fuerza para impulsar el fluido de la orina, por lo que termina adolorido y exhausto.

El 4 de julio de 2013 el accionante en vista de la dilatación de los trámites administrativos por parte de la Nueva E.P.S, para resolver las autorizaciones de las órdenes médicas, presentó queja formal ante la Superintendencia de salud, que a la fecha de presentación de la presente tutela no ha sido resuelta.

Sostuvo que la Nueva E.P.S, ha desconocido sus antecedentes médicos ya que en junio de 2012, por segunda vez, fue operado de la próstata por PROSTATISMO CRÓNICO SEVERO Y PROGRESIVO con complicaciones el post operatorio por HEMATURIA Y TAPONAMIENTO VESICAL POR COAGULOS, que se asocian con su mal estado de salud actual, por tanto lo agudizan.

Finalmente, expuso que la NUEVA E.P.S, privilegia los procedimientos administrativos y no la persona humana en sí, en consecuencia vulnera los derechos fundamentales que le son inherentes a su persona.

V. LO QUE SE PIDE

El accionante en calidad de pensionado con el mínimo vital y persona de tercera edad solicita respetuosamente que:

La NUEVA E.P.S, le respete y garantice sus derechos a la salud, seguridad social, vida y calidad de vida, solicitó que se tutelen los derechos fundamentales a la vida, salud, integridad física, seguridad social, la Dignidad humana, igualdad y demás que le sean conexos.

Se le preste oportunamente y en tiempo, la atención médica que requiera (citas médicas, procedimiento quirúrgicos, medicamentos y demás órdenes médicas) para la

Expediente: 2013 00186 01
Actor: LUÍS SIMÓN ÁLVAREZ VILLALBA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 8 DE AGOSTO DE 2013
Procedencia: JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema: MEDICAMENTOS NO POS

recuperación de su salud, sin que ello implique costos económicos adicionales, pues subsiste y mantiene a su familia con el mínimo vital.

VI. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

6.1. NUEVA EPS

La entidad demandada no contestó la demanda.

VIII. PRUEBAS DEL EXPEDIENTE

Aportó como pruebas las siguientes:

- Copia de cedula de ciudadanía²
- Certificado de semanas cotizadas por la EPS³
- Copia certificado de cotizaciones al sistema general de seguridad social en salud expedido por el FOSYGA.⁴
- Copia de órdenes médicas expedidas por el urólogo tratante⁵
- Copia de la epicrisis del señor LUÍS SIMÓN, de fecha 25 de junio de 2012⁶
- Copia de la epicrisis del señor LUÍS SIMÓN, de fecha 28 de junio de 2012⁷
- Copia de biopsia que arrojó como diagnóstico final “ resección transuretral de próstata: hiperplasia glandular y estromal benigna proceso inflamatorio crónico”⁸
- Copia de los exámenes de laboratorio tendientes al estudio de su enfermedad y que dichos exámenes fueron autorizados por la NUEVA E.P.S.⁹
- Copia del examen de uretrocistoscopia en el que se le diagnosticó cuello vesical obstructivo.¹⁰
- Copia de la fórmula expedida por el Dr. Guillermo García Tuñon, donde le receta tamsulasina 0.4 mg una diaria.¹¹
- Copia de la autorización para una consulta con el especialista en urología Dr. Guillermo Enrique García Tuñon¹²
- Copia de los desprendibles de los últimos tres meses de pensión.¹³

² Folio 4 C. ppal

³ Folios 5 C. ppal.

⁴ Folio 6 C. ppal.

⁵ Folios 9 C. ppal.

⁶ Folio 15 C. ppal.

⁷ Folio 23 C. ppal.

⁸ Folio 13 C. ppal

⁹ Folios 18-21 C. ppal

¹⁰ Folio 7 C. ppal

¹¹ Folio 8 C.ppal

¹² Folio 9 C.Ppal

¹³ Folio 40 C. Ppal

Expediente: 2013 00186 01
Actor: LUÍS SIMÓN ÁLVAREZ VILLALBA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 8 DE AGOSTO DE 2013
Procedencia: JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema: MEDICAMENTOS NO POS

- Copia de acta de declaración juramentada ante notario de fecha 3 de agosto de 2013.¹⁴
- Copia de los servicios públicos ¹⁵
- Copia de la factura del gas , donde le hacen descuento por concepto de un crédito¹⁶
- Cotización de distintas droguerías acerca del valor comercial del medicamento tamsulasina tableta 0.4 mg.¹⁷

IX. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 8 de agosto de 2013¹⁸, resolvió tutelar el derecho fundamental a la salud y vida digna del actor, por parte de la NUEVA E.P.S. S.A., para que dentro de las 48 horas a la notificación del fallo, le fije al accionante cita de control con el especialista en Urología Dr. Guillermo García Tuñón, autorice y entregue el medicamento tamsulasina tabletas 0.4 mg formulado por su médico tratante, en la cantidad que éste le prescribió, suministre al accionante en forma oportuna al tratamiento médico que, como resultado de la cita de control a la que asista en cumplimiento de esta tutela, le ordene el médico especialista en urología.

Así mismo, se reconoce que la Nueva E.P.S. S.A, tiene derecho de realizar el recobro respectivo al Fondo de solidaridad y garantía FOSYGA por los gastos en que incurra dándole cumplimiento al presente fallo.

X. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Mediante escrito presentado el 14 de agosto de 2013¹⁹, la accionada impugnó el fallo de tutela de primera instancia, presentando su inconformidad en los siguientes términos:

Considera el impugnante que de acuerdo a lo manifestado por el área médica, en cabeza del Dr. Juan Lara, médico de back office, informó:

“Con respecto lo solicitado, en aplicativo de salud se puede constatar- viene recibiendo el medicamento tamsulosina 0.4 mgr ordenada por su médico tratante el Dr. Guillermo García Tuñón. Ultima autorización de fecha julio de 2013, número 27254890, primera, por lo que manifiesta que se encuentra ante un hecho superado, el

¹⁴ Folio 41 C. Ppal

¹⁵ Folios 46-48 C. Ppal

¹⁶ Folios 49-60 C. Ppal

¹⁷ Folios 36-38 C. Ppal

¹⁸ Folios 61-73 C.Ppal

¹⁹Folios 80-86 C Ppal

| | |
|--------------|---|
| Expediente: | 2013 00186 01 |
| Actor: | LUÍS SIMÓN ÁLVAREZ VILLALBA |
| Demandada: | NUEVA EPS |
| Acción: | TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA |
| Apelación: | SENTENCIA DEL 8 DE AGOSTO DE 2013 |
| Procedencia: | JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO |
| Tema: | MEDICAMENTOS NO POS |

medicamento ha sido entregado previo al fallo y se evidencia con esto atención médica y de acuerdo a la última atención que se encuentra registrada en el sistema.

En cuanto al tratamiento integral ordenado por la entidad de NUEVA E.P.S, no se pueden ordenar tratamientos integrales a ningún tipo de pacientes, en virtud a que estos ordenamientos son realizados por médicos tratantes del paciente y que van conforme a los requerimientos del mismo, en virtud a que no se conoce con certeza el comportamiento y desarrollo de la patología.

XI. RECUESTO PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del 15 de agosto 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 21 de Agosto de 2013, siendo finalmente recibido por este despacho en la fecha 22 de Agosto de 2013.

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 vulneración o amenaza de los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas y demás derechos conexos, no prestar de forma oportuna atención a su tratamiento médico de acuerdo a la patología que presenta?

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) 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.

Expediente: 2013 00186 01
Actor: LUÍS SIMÓN ÁLVAREZ VILLALBA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 8 DE AGOSTO DE 2013
Procedencia: JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema: MEDICAMENTOS NO POS

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 Primera de Decisión, de esta Corporación, en un caso similar, en providencia del 8 de marzo de 2013, con ponencia del Magistrado, Doctor LUÍS 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.

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.

Expediente: 2013 00186 01
Actor: LUÍS SIMÓN ÁLVAREZ VILLALBA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 8 DE AGOSTO DE 2013
Procedencia: JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema: MEDICAMENTOS NO POS

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 I que *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; ...”*

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

“Artículo 12

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

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

- a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;*
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;*
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;*
- 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

Expediente: 2013 00186 01
Actor: LUÍS SIMÓN ÁLVAREZ VILLALBA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 8 DE AGOSTO DE 2013
Procedencia: JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema: MEDICAMENTOS NO POS

servicio de salud, y el Sistema no cuenta con un medio para lograr dar trámite a esta solicitud, por cualquiera de las razones dichas, la falla en la regulación se constituye en un obstáculo al acceso, y en tal medida, desprotege el derecho a la salud de quien requiere el servicio.

Así, desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso a los servicios que requiera ‘con necesidad’ (que no puede proveerse por sí mismo). En otras palabras, en un estado 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”.²⁰(Subrayas pertenecientes a la Sala).

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

“El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”.

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

“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

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-212 de 2011. M.P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

Expediente: 2013 00186 01
Actor: LUÍS SIMÓN ÁLVAREZ VILLALBA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 8 DE AGOSTO DE 2013
Procedencia: JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema: MEDICAMENTOS NO POS

ampare por los fallos constitucionales no quede nada al azar, que se convierta en un obstáculo para su materialización²¹.

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 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 óptimo 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”²²(Subrayas y Negritas fuera del original).

²¹ 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”.

²² CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA T-091 de 2011. MP. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

Expediente: 2013 00186 01
Actor: LUÍS SIMÓN ÁLVAREZ VILLALBA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 8 DE AGOSTO DE 2013
Procedencia: JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema: MEDICAMENTOS NO POS

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.

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

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

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

Expediente: 2013 00186 01
Actor: LUÍS SIMÓN ÁLVAREZ VILLALBA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 8 DE AGOSTO DE 2013
Procedencia: JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema: MEDICAMENTOS NO POS

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:

“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:

Expediente: 2013 00186 01
Actor: LUÍS SIMÓN ÁLVAREZ VILLALBA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 8 DE AGOSTO DE 2013
Procedencia: JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema: MEDICAMENTOS NO POS

“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

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 providencias 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.

(“...”).”

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

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 00186 01 |
| Actor: | LUÍS SIMÓN ÁLVAREZ VILLALBA |
| Demandada: | NUEVA EPS |
| Acción: | TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA |
| Apelación: | SENTENCIA DEL 8 DE AGOSTO DE 2013 |
| Procedencia: | JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO |
| Tema: | MEDICAMENTOS NO POS |

12.9. Caso Concreto

En esta instancia se requirió a la parte accionante señor LUÍS SIMÓN ÁLVAREZ VILLALBA, a fin de que indicará si la afirmación del impugnante Nueva E.P.S, referida a la entrega de medicamento tamsulasina tabletas 0.4 mg, se encuentra en su poder, todo ello con el fin de determinar si se esta frente a un hecho superado, a lo que manifestó:

“EN ESE MOMENTO, LA ORDEN MÉDICA DEL MEDICAMENTO TAMSULASINA TABLETAS DE 0.4 MG, COMO SE EXPLICÓ, NO SE HIZO EFECTIVA DE MANERA OPORTUNA, SINO PRÁCTICAMENTE UN MES DESPUES DEBIDO A QUE LA MISMA ES NO POS.”

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 LUÍS SIMÓN ÁLVAREZ VILLABA, por considerar que existe una presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida, salud, integridad física, seguridad social, la dignidad humana, igualdad y demás que le sean conexos, por no emitir de forma oportuna las respectivas órdenes médicas de acuerdo a la patología que presenta el actor.

Se encuentra demostrado, que el señor **LUÍS SIMÓN**, se encuentra afiliado al régimen contributivo en salud a través de la NUEVA E.P.S. S.A.

Igualmente, se observa según las pruebas obrantes en el expediente que al actor se le diagnosticó cuello vesical obstructivo, por lo que requiere para su tratamiento el medicamento de nombre tamsulasina 0.4 mg, de manera oportuna a fin de garantizarle su buen estado de salud teniendo en cuenta la patología que presenta, ahora bien, en cuanto lo manifestado por la accionada en su escrito de alzada referente a que existe un hecho superado en razón a la entrega de dicho medicamento el día 10 de julio de 2013, cuyo número de autorización es 27254890, esto no exonera a la misma de responsabilidad, pues es deber de la Nueva EPS, brindar de forma oportuna y eficiente sus servicios a los usuarios, a fin de garantizar la protección de los derechos fundamentales que de una u otra forma se ven vulnerados.

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

Expediente: 2013 00186 01
Actor: LUÍS SIMÓN ÁLVAREZ VILLALBA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 8 DE AGOSTO DE 2013
Procedencia: JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema: MEDICAMENTOS NO POS

Así las cosas, para la Sala es claro que la entidad demandada se encuentra vulnerando los derechos fundamentales dignidad humana, vida, salud, seguridad social y mínimo vital del señor LUÍS SIMÓN ÁLVAREZ VILLALBA, al no ordenar a tiempo todo los medicamentos que requiere para la continuación adecuada en su tratamiento médico diagnosticado, sin detrimento de la calidad del servicio en salud y en su bienestar físico y emocional, ya que como se expresó ni el paciente, como su familia no cuentan con los recursos económicos para ello.

Por lo antes expuesto, al estar esta Corporación de acuerdo con lo resuelto por el juez A quo, por encontrar debidamente probado, los 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 8 de agosto 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.

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 vulnerando los derechos fundamentales del señor LUÍS SIMÓN ÁLVAREZ VILLALBA, tal y como se expuso en el caso concreto, por tal motivo se ordenará a la demandada a que de cumplimiento integral del fallo del 8 de agosto de 2013, de forma inmediata, a fin de no seguir vulnerando los derechos del accionante.

La no aplicación del fallo en mención se considera en desacato para la entidad accionada, con efectos jurídicos judiciales y pecuniarios para el funcionario competente que resuelve este asunto y que desde ya se advierte, a fin de darle celeridad a las peticiones planteadas que no constituyan más detrimento y desgaste a la administración de justicia.

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 8 de agosto de 2013, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

Expediente: 2013 00186 01
Actor: LUÍS SIMÓN ÁLVAREZ VILLALBA
Demandada: NUEVA EPS
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 8 DE AGOSTO DE 2013
Procedencia: JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Tema: MEDICAMENTOS NO POS

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

TERCERO: 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° 103.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Magistrado

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado