



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

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, diez (10) de septiembre de dos mil quince (2015)

Magistrado Ponente: Dr. MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00150-01
Actor: JUAN CARLOS DÍAZ SALGADO
Demandado: NUEVA E.P.S. – SALUD A TU LADO I.P.S.
Acción: TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA
Tema: PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE TRATAMIENTOS
ODONTOLÓGICOS NO POS, A TRAVÉS DE LA ACCIÓN
DE TUTELA – NO ESTRUCTURACIÓN DE LOS
REQUISITOS

SENTENCIA No. 073

I. OBJETO A DECIDIR

Corresponde a la Sala, dirimir la impugnación presentada por la parte actora contra la sentencia del 4 de agosto de 2015, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Sincelejo, con funciones del sistema oral, en la que se denegó el amparo a los derechos fundamentales a la salud, vida y seguridad social, invocados por el señor JUAN CARLOS DÍAZ SALGADO.

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00150-01
Actor: JUAN CARLOS DÍAZ SALGADO
Demandado: NUEVA E.P.S. – SALUD A TU LADO I.P.S.
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 4 DE AGOSTO DE 2015
Procedencia: JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

II. ACCIONANTE

La presente acción constitucional fue instaurada por el señor JUAN CARLOS DÍAZ SALGADO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 3.843.899 expedida en Corozal – Sucre.

III. ACCIONADO

La acción está dirigida en contra de la NUEVA E.P.S. – SALUD A TU LADO I.P.S.

IV. ANTECEDENTES

4.1. La demanda¹.

El señor JUAN CARLOS DÍAZ SALGADO, en nombre propio, presentó acción de tutela en contra de la NUEVA E.P.S. – SALUD A TU LADO I.P.S, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, vida y seguridad social.

4.2. Hechos².

El accionante, como sustento a sus pretensiones, exteriorizó los siguientes supuestos fácticos que se compendian así:

Manifestó que, asistió a una consulta odontológica a la Salud a tu lado I.P.S., vinculada a la Nueva E.P.S., en la que fue atendido por la odontóloga Diana Ortiz Escudero, la cual le informó que las afecciones odontológicas que sufría, no podían ser tratadas por esa entidad; por ello, le recomendó una evaluación para tratamiento particular con el odontólogo Tomas Sebá.

Posteriormente, señaló que siguiendo la recomendación dada por la odontóloga tratante adscrita a la I.P.S Salud a tu lado, acudió al Rehabilitador Oral Sr. Tomas Guillermo Sebá Cámara, quien le ordenó la práctica de una radiografía panorámica de la cavidad oral – dental, con la que emitió un diagnóstico de afectación múltiple tanto en el maxilar superior como el inferior, señalando en el primero que su rehabilitación implicaba la elaboración de 13 coronas de metal y porcelana, 5 tratamientos de conducto y 2 atoché; en el segundo, prescribió 11 coronas de metal y porcelana, 9 tratamientos de conducto,

¹ Fl. 1- 4.

² Fl. 1-2.

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00150-01
Actor: JUAN CARLOS DÍAZ SALGADO
Demandado: NUEVA E.P.S. – SALUD A TU LADO I.P.S.
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 4 DE AGOSTO DE 2015
Procedencia: JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

8 espigos o núcleo, 3 implantes con la respectiva corona; tratamiento que en su totalidad fue presupuestado en la suma de veinticinco millones ochenta mil pesos (\$ 25.080.000).

En ese orden, expresó que de acuerdo con el diagnóstico dado, sufre de una incapacidad estructural y por consiguiente funcional de su dentadura, que insistió en el momento no es útil; sumado a ello, indicó que padece de dolores constantes en algunas piezas dentales al masticar, los cuales se irradian con una sanción de punzadas en el oído derecho, que lo inhibe de masticar, dificultando así su deglución y por ende la digestión, en la medida en que es aquejado por malestares estomacales como llenura, pesadez, dolor y colitis, padecimientos que lo obligan a recurrir a antiácidos y otro tipo de medicamentos.

Adicionalmente, refirió que sufre graves afectaciones cardíacas como son bloqueos grado I y grado II, lo cual acompañado de sus padecimientos bucales, pueden poner en riesgo su vida; precisamente sobre sus padecimientos coronarios declaró que está al pendiente de un procedimiento médico denominado “cateterismo cardíaco” a realizarse en la Clínica General del Norte S.A. en la ciudad de Barranquilla – Atlántico, que no ha podido realizarse por carecer de medios económicos para su traslado.

Finalmente, reseñó que no cuenta con la posibilidad financiera para realizar los trabajos antedichos, ya que no se encuentra laborando, por lo cual no percibe ingresos; anotó que su edad es de 59 años y las molestias físicas le impiden desempeñar un empleo; razón por la cual, acude a la vía de tutela a fin de que sea restaurada su función masticatoria.

4.3. Pretensiones³.

Con fundamento en los hechos que vienen de exponerse pidió:

- Recepcionar la declaración de la Dra. Diana Ortiz Escudero a fin de verificar su negación a prestarme los servicios odontológicos aludidos y a su decisión de remitir a un servicio particular. Su dirección la misma de la I.P.S Salud a tu Lado.

- Ordénese a la Nueva E.P.S que me evalúen en mi afectación dentaria y se pronuncien sobre las consecuencias o secuelas en la salud en general, ya que se afecta la masticación, deglución y digestión con efectos en la calidad de vida.

³ Fl. 3.

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00150-01
Actor: JUAN CARLOS DÍAZ SALGADO
Demandado: NUEVA E.P.S. – SALUD A TU LADO I.P.S.
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 4 DE AGOSTO DE 2015
Procedencia: JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

- *Adviértase que cualquier revisión o procedimiento que se me ordene se haga en la ciudad de Sincelejo – Sucre, por mis dificultades para trasladarme a otras ciudades.*

- *Solicitar discrecionalmente una ampliación del criterio del Dr. Tomas Seba respecto del estado de mi dentadura y su solución más expedita y conveniente a las partes.*

4.4. Contestación.

4.4.1. NUEVA E.P.S⁴.

La parte accionada, presentó el informe de rigor, en el cual realizó las siguientes precisiones:

Respecto a la vinculación a la entidad del accionante, denotó que se encuentra afiliado en calidad de cotizante independiente, encontrándose activo en el sistema general de seguridad social en salud, pudiendo acceder a los beneficios del plan obligatorio de salud.

Así mismo, manifestó que al recurrir al concepto médico del Dr. Juan Lara Tejada, adscrito a la Nueva E.P.S Regional Norte este advirtió:

“No procedente el servicio de TRATAMIENTO DE REHABILITACIÓN ORAL FASE I es una exclusión expresa del POS, según Resolución 5521 de 2013, artículo 130, numeral 14: “Tratamientos de periodoncia, ortodoncia, implantología, dispositivos protésicos en cavidad oral y blanqueamiento dental en la atención odontológica, diferentes a los descritos en el presente acto administrativo”.

Cabe aclarar que el accionante en nuestra sistema de salud no registra ninguna radicación, solicitud o trámite referente a lo pretendido en la tutela, además no hay soportes de historia clínica que avalen o confirmen la patología o el padecimiento que el afiliado manifiesta tener.”

De otra parte, subrayó en cita de profusos antecedentes jurisprudenciales de la H. Corte Constitucional, que el juez constitucional antes de inaplicar la legislación que regula las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud, deberá certificar si se presentan las circunstancias que permiten el amparo por vía de tutela, estos son:

- I. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado.*

⁴ Fl. 26-28.

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00150-01
Actor: JUAN CARLOS DÍAZ SALGADO
Demandado: NUEVA E.P.S. – SALUD A TU LADO I.P.S.
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 4 DE AGOSTO DE 2015
Procedencia: JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

2. *Debe tratarse de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.*
3. *Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud.*
4. *Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el paciente.*

Finalmente, apuntó que el accionante no ha demostrado la incapacidad económica para la realización de lo solicitado, por lo cual, instó la denegatoria de las pretensiones.

4.4.2. SALUD A TU LADO I.P.S⁵.

Destacó inicialmente, que su vinculación como prestadora de servicios de salud, con la NUEVA E.P.S, se debió a la suscripción de un Acta de Negocios N° 0013 -2014, vigente a partir del mes de agosto de 2014.

Igualmente, resaltó que dentro de los servicios contratados por la Nueva E.P.S se encuentra el de odontología de carácter preventivo y curativo, lo cual no incluye procedimientos como rehabilitación oral, implantes, ortodoncia, cirugías maxilofaciales entre otras.

En lo concerniente a la información suministrada al actor en la consulta odontológica, por la Odontóloga Diana Ortiz Escudero, quien presta sus servicios en dicho centro médico, mencionó que la dentista le informó al paciente que tenía una corona desadaptada en OD (órgano dentario) 38 y que debía consultar con un rehabilitador oral, puesto que ese tratamiento no estaba contratado con la I.P.S y no se encontraba incluido en el POS; a lo cual, el señor Díaz Salgado le preguntó si conocía un profesional en esa área que le recomendase, sugiriéndole ella al doctor Tomas Sebá Cámara a quien conocía.

Conforme a lo anterior, se opuso a la prosperidad de la acción constitucional, dado que los derechos fundamentales alegados, no han sido quebrantados por la entidad médica.

⁵ Fl. 32-36.

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00150-01
Actor: JUAN CARLOS DÍAZ SALGADO
Demandado: NUEVA E.P.S. – SALUD A TU LADO I.P.S.
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 4 DE AGOSTO DE 2015
Procedencia: JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

V. FALLO IMPUGNADO

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 4 de agosto de 2015⁶, resolvió negar el amparo tutelar deprecado, esgrimiendo como tesis que conforme al recetario odontológico prescrito por el especialista en rehabilitación oral e implantología oral Tomas Sebá, no puede desprenderse los padecimientos y patologías que indicó el actor se encuentra sufriendo, dado que no existe un concepto médico que así lo justifique y sustente; además, no se estableció la necesidad y urgencia de dicho tratamiento; así como si estos se presentan en la manera alegada.

De otra parte, advirtió que conforme a la historia clínica del señor Díaz Salgado, obrante a folios 17 al 25 del expediente, realizada antes de la visita del actor al doctor Tomas Seba, se detalla que en dicha consulta no manifestó los padecimientos esbozados en libelo introductorio.

Sumado a lo anterior, al considerar el testimonio rendido por la odontóloga Dra. Diana Ortiz Escudero, tratante de accionante, coligió que el padecimiento del actor se denomina desadaptación de la corona dental, el cual no representa un riesgo para la salud y vida del actor

Colofón, al no encontrar pruebas que le permitiesen corroborar que la falta de suministro del tratamiento de ortodoncia o rehabilitación oral comprometía la salud, integridad personal o la vida en condiciones dignas del señor Juan Carlos Díaz, ni respondían a problemas funcionales despacho negativamente el amparo constitucional conjurado.

VI. IMPUGNACIÓN

El 11 de agosto de 2015⁷, el accionante impugnó el fallo de primera instancia, solicitando su revocatoria.

En este orden, pidió se tenga como medio de prueba el dictamen expedido por el doctor Tomas Sebá Cámara, el cual constituye un criterio científico y técnico formulado por un especialista quien emitió un diagnóstico y un plan factible de tratamiento.

⁶ Fl. 58-64.

⁷ Fl. 67- 69.

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00150-01
Actor: JUAN CARLOS DÍAZ SALGADO
Demandado: NUEVA E.P.S. – SALUD A TU LADO I.P.S.
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 4 DE AGOSTO DE 2015
Procedencia: JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Señaló que, que sólo se tuvo en cuenta el testimonio de la odontóloga Diana Ortiz Escudero, quien no puede pronunciarse contra su propia E.P.S y quien lo valoró sólo por unos tres minutos, en los cuales no examinó bien todas las piezas dentales.

Insistió en que, sus problemas dentales se sintetizan en la imposibilidad de masticar, pues no puede valerse de los molares; así indicó que, en el lado superior derecho tiene un molar blando, el cual le provoca dolor, en la región izquierda inferior tiene un puente dental partido y algunos dolores al masticar; además, refirió que las coronas dentales están partidas, por lo que requieren algunos tratamientos de conducto y la fijación de una prótesis tipo puente, así como se deben hacer unos implantes, procediendo a la extracción de las coronas necesarias, se realice o no el tratamiento de conducto en sus respectivas raíces, para sostener las prótesis.

Como antecedentes a su caso, esgrimió la sentencia T – 653 de 2013, en cuanto se refiere al derecho a la vida digna, sentencia T – 576 de 2003, T -615 de 2008, y la T - 026 de 2013, en las cuales pese a que los procedimientos estén excluidos del POS, procede la protección constitucional.

VII. RECUENTO PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del 12 de agosto de 2015⁸, 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 por la Oficina Judicial el 13 de agosto de 2015⁹, siendo finalmente recibido y admitido por esta Magistratura el 14 de agosto de esta anualidad¹⁰.

VIII. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

8.1. La competencia

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en segunda instancia, según lo establecido por artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

En virtud de lo anterior, la solicitud realizada por el impugnante, referida al conocimiento directo del presente asunto por parte de la H. Corte Constitucional, no es viable, por

⁸ Fl. 71.

⁹ Fl. 1 C. De alzada

¹⁰ Fl. 3 C. De alzada

Expediente:	70-001-33-33-005-2015-00150-01
Actor:	JUAN CARLOS DÍAZ SALGADO
Demandado:	NUEVA E.P.S. – SALUD A TU LADO I.P.S.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 4 DE AGOSTO DE 2015
Procedencia:	JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

cuanto, de acuerdo con lo dispuesto en la norma antes mencionada, la competencia corresponde al superior jerárquico de aquel que profiere la sentencia de tutela; en este caso, al haber sido proferida la sentencia impugnada por un Juez Administrativo de este Circuito Judicial, concierne a esta Corporación el conocimiento de la revisión de la decisión primigenia.

Sin embargo, cabe destacar la decisión aquí proferida, se remitirá para revisión de la H. Corte Constitucional, conforme lo prescribe el artículo 33 del Decreto Ley 2591 de 1991.

8.2. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala determinar, si:

¿Es procedente la rehabilitación oral solicitada a las entidades accionadas, por el señor JUAN CARLOS DÍAZ SALGADO, pese a que el tratamiento pedido no se establece en el Plan Obligatorio de Salud y no se acreditaron los supuestos de procedencia excepcional?

Con el propósito de arribar a la solución de lo planteado, la Sala abordará como hilo conductor las siguientes temáticas: i) Carácter subsidiario y excepcional del amparo constitucional; ii) Carácter fundamental y autónomo del derecho a la salud; iii) Procedencia del suministro de tratamientos no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud por vía de tutela; iv) Caso concreto; v) Conclusión.

8.3 Carácter subsidiario y excepcional del amparo constitucional.

El carácter subsidiario y excepcional de la acción (art. 86 de la C.P.), implica que ésta sólo puede ser ejercida frente a la violación de un derecho fundamental, cuando no se disponga de otro mecanismo de defensa judicial, o en el evento en que aun existiendo otro medio de protección ordinario sea necesario decretar el amparo en forma transitoria para evitar que se produzca un perjuicio irremediable, el cual debe estar debidamente acreditado en el proceso respectivo. En armonía con lo anterior, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 establece como causal de improcedencia del amparo la existencia de otros recursos judiciales, salvo que éste se utilice como mecanismo transitorio, o que el medio ordinario no sea eficaz para proteger derechos fundamentales¹¹.

¹¹ En efecto, el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución consagra: "(...) Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio

Expediente:	70-001-33-33-005-2015-00150-01
Actor:	JUAN CARLOS DÍAZ SALGADO
Demandado:	NUEVA E.P.S. – SALUD A TU LADO I.P.S.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 4 DE AGOSTO DE 2015
Procedencia:	JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Así lo ha expresado la Corte Constitucional en diversas oportunidades, cuando invocando su carácter residual de la acción de tutela, ha señalado enfáticamente su improcedencia ante la existencia de otros recursos judiciales para la protección de los derechos fundamentales, que se alegan comprometidos. En tal sentido la Corte en la sentencia T-1089 de 2004, dijo: *“No es propio de la acción de tutela, el de ser un medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales.”*

Lo anterior por cuanto, la acción de tutela no se erige en instancia adicional de los procesos judiciales contemplados por el ordenamiento jurídico para la definición y resolución de los conflictos legales. En igual sentido, esta Corporación ha reiterado que en materia de amparo judicial de los derechos fundamentales, la acción de tutela es el último mecanismo judicial para su defensa, al que puede acudir el afectado por su violación o amenaza sólo después de ejercer infructuosamente todos los medios de defensa judicial ordinario, o ante la inexistencia de los mismos.

8.4. El carácter fundamental autónomo del derecho a la salud.

El derecho a la salud, se encuentra consagrado en el artículo 46 de nuestra Carta Política, como un servicio público 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 dichos servicios a los habitantes de todo el territorio colombiano, de conformidad a los postulados y principios constitucionales.

Sobre la naturaleza del derecho, inicialmente, la Jurisprudencia de la H. Corte Constitucional consideró que el mismo era un derecho prestacional, y su carácter fundamental dependía entonces, de su vínculo con otro derecho distinguido como fundamental – *tesis de la conexidad* –, y por tanto solo podía ser protegida por vía de tutela cuando su vulneración implicara la afectación de otros derechos de carácter fundamental, como el derecho a la vida, la dignidad humana o la integridad personal¹².

para evitar un perjuicio irremediable”. Por su parte, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 contempla: “(...) La acción de tutela no procederá: I. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante (...)”.

¹² Sentencia T-180/13, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Expediente:	70-001-33-33-005-2015-00150-01
Actor:	JUAN CARLOS DÍAZ SALGADO
Demandado:	NUEVA E.P.S. – SALUD A TU LADO I.P.S.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 4 DE AGOSTO DE 2015
Procedencia:	JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Posición esta, que a su vez, ha evolucionado y que en la actualidad a la luz de las sentencias T-760 de 2008 y T-671 de 2013 de la misma corporación, se determinó la naturaleza fundamental del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico. En este contexto, consideraron que esos derechos son susceptibles de tutela como mecanismo preferente y sumario¹³.

Frente a lo anterior, es de resaltar 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 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 o se esté frente a una posible violación del derecho fundamental a la salud, su verificación y posterior resolución corresponderá al juez de tutela.

Es así como 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 sus características especiales e importancia que tiene su eficaz cubrimiento, máxime que en la actualidad encontramos definido su carácter fundamental, directamente en la Ley Estatutaria 1751 de 2015¹⁴.

8.5. Procedencia del suministro de tratamientos no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud por vía de tutela.

Las entidades prestadoras de salud brindan la atención a las personas que solicitan sus servicios dependiendo de si éstos se encuentran incluidos en uno de los planes obligatorios de servicios de salud a los cuales la persona tiene derecho.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la salud es considerada un derecho fundamental¹⁵ y un servicio público de amplia configuración legal, corresponde a la ley definir los

¹³ Sentencia 1024 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁴ Dicha normativa, lo define como: “Artículo 2º. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”

¹⁵ Con la misma línea jurisprudencial en torno a la protección del derecho a la salud por intermedio de la acción de tutela, en las cuales se ha indicado que esta garantía es de raigambre fundamental, puede consultarse las sentencias T-999/08, T56610

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00150-01
Actor: JUAN CARLOS DÍAZ SALGADO
Demandado: NUEVA E.P.S. – SALUD A TU LADO I.P.S.
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 4 DE AGOSTO DE 2015
Procedencia: JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

sistemas de acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo. En tal razón, la propia Corte Constitucional ha considerado que:

*“En materia de amparo del derecho fundamental a la salud por vía de tutela una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario orientadas a determinar cuáles son las prestaciones obligatorias en salud y a trazar las vías de acceso a la seguridad social, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, **todas las personas sin excepción** pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud cuando quiera que este derecho se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado.*

Por tal motivo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido constante y enfática en afirmar que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.), en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POSS), en el Plan de Atención Básica (PAB), en el Plan de Atención Complementaria (PAC) así como ante la no prestación de servicios relacionados con la obligaciones básicas definidas en la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puede acudirse directamente a la tutela para lograr su protección”¹⁶.

Ello quiere decir, que procede el amparo en sede de tutela, cuando resulta imperioso, velar por los intereses de cualquier persona, que así lo requiera¹⁷. En ese orden, la materialización del derecho fundamental a la salud, exige que todas las entidades que prestan dicho servicio, se obliguen a la óptima prestación del mismo, en la búsqueda del goce efectivo de los derechos de sus afiliados, conforme al marco normativo señalado, comoquiera que la salud compromete el ejercicio de distintas garantías, como es el caso del derecho a la vida y a la dignidad humana¹⁸.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-016 de 2007.

¹⁷ Al respecto es oportuno referir lo expuesto en la sentencia T-581 de 2007, donde se señaló: “A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a, por un lado, que se trate de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, entre otros), o por otro, que se trate de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento”

¹⁸ En la sentencia T-790 de 2012, la Corte Constitucional, indicó: “Por consiguiente, fue con la Observación General 14 que se estableció que el derecho a la salud debe ser garantizado por el Estado en el más alto nivel posible que les permita a las personas vivir en condiciones dignas.// En concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional ha identificado diversos escenarios de protección donde el suministro de ciertos medicamentos o procedimientos resultan necesarios para procurar la garantía de la dignidad humana de las personas que atraviesan por especiales condiciones de salud. Verbigratia, sobre las personas que tienen dificultades de locomoción y que por este motivo no pueden realizar sus necesidades fisiológicas en condiciones regulares, este Tribunal indicó: //siendo este aspecto uno de los más íntimos y fundamentales del ser humano, los accionantes tienen derecho a acceder al servicio de salud que disminuya la incomodidad e intranquilidad que les genera su incapacidad física. Si bien los pañales desechables no remedian por completo esta imposibilidad, sí permiten que las personas puedan gozar de unas condiciones dignas de existencia”.

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00150-01
Actor: JUAN CARLOS DÍAZ SALGADO
Demandado: NUEVA E.P.S. – SALUD A TU LADO I.P.S.
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 4 DE AGOSTO DE 2015
Procedencia: JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

En ese sentido, corresponde a las Entidades Promotoras de Salud “EPS” otorgar los medicamentos, tratamientos y procedimientos incluidos en el POS, definido actualmente por la Resolución 5521 del 27 de diciembre de 2013, proferida por el Ministerio de Salud y de la Protección Social; sin embargo, existen exclusiones de este paquete de servicios, por lo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha encargado de definir cómo proceder en el caso de que se presente una exclusión del POS y esté en riesgo el derecho a la salud, vida digna e integridad de la persona.

Para el efecto, la regla básica es que exista la necesidad de otorgar el medicamento, tratamiento o procedimiento, que no pueda costearlo por sí mismo el interesado y que haya sido ordenado por el médico tratante¹⁹; aun siendo prescrito por un médico particular o incluso sin prescripción, podrá acceder a él bajo ciertas circunstancias definidas en sentencias de la Corte Constitucional²⁰.

Acerca los servicios no incluidos en el POS, en la antes mencionada sentencia T- 760 de 2008 se dijo: *“Toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios de salud que requiera con necesidad, es decir, que hayan sido ordenados por el médico tratante que ha valorado científicamente la necesidad del mismo y que el interesado no tiene para costearlo por sí mismo la capacidad económica (porque su costo es impagable por el interesado dado su nivel de ingreso o le impone una carga desproporcionada para él...²¹”*; posición reiterada en varias sentencias²², en las que se reconocen ciertos criterios para determinar la procedencia de otorgar los medicamentos NO POS, a saber:

- i) *Que la falta de medicamentos o tratamientos excluidos amenaza los derechos fundamentales a la vida, la dignidad o la integridad física;*
- ii) *Que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado el paciente que demanda el servicio;*
- iii) *Que el medicamento no puede ser sustituido por otro de los contemplados en el plan obligatorio de salud o que pudiendo serlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan; y,*
- iv) *Que el paciente no puede sufragar el costo de lo requerido.*

¹⁹Al respecto la misma sentencia, en el caso de que el tratamiento sea ordenado por un médico que no pertenezca a la EPS, ordena que ésta debe evaluar al paciente y desvirtuar con razones científicas el tratamiento ordenado, aunque en caso de urgencia puede en vía de tutela ordenarse sin que se surta lo anterior.

²⁰ Ver sentencia T-104/2010.

²¹ En igual sentido, ver sentencias T-138/08, T-110/09, T-1227/09.

²² Sobre el tema se puede consultar las siguientes sentencias: T-1066 de 2006, T-464 de 2006, T-434 de 2006, T774 de 2005, T-732 de 2005, T-736 de 2004, T-065 de 2004.

Expediente:	70-001-33-33-005-2015-00150-01
Actor:	JUAN CARLOS DÍAZ SALGADO
Demandado:	NUEVA E.P.S. – SALUD A TU LADO I.P.S.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 4 DE AGOSTO DE 2015
Procedencia:	JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

En todo caso, corresponderá al juez de tutela verificar el cumplimiento de estos presupuestos y una vez comprobados se podrá ordenar a la E.P.S correspondiente, suministrar los procedimientos y/o medicamentos, para que se lleve a cabo el tratamiento a fin de que se realice el procedimiento médico solicitado.

Teniendo en cuenta los parámetros legales y jurisprudenciales antes examinados, deberá determinar la Sala, si en el caso bajo estudio resulta viable el amparo tutelar deprecado.

8.6. Caso concreto.

El señor JUAN CARLOS DÍAZ SALGADO pretende por vía de tutela el amparo de sus derechos fundamentales, a la vida, salud y seguridad social presuntamente vulnerados por la NUEVA E.P.S y la I.P.S SALUD A TU LADO, por cuanto, no se le ha suministrado el tratamiento de rehabilitación oral que requiere para restaurar su función masticatoria y evitar los problemas masticación, deglución y digestión.

En este orden, la impugnación del accionante, se sustenta en la presunta falta de valoración de dictamen expedido por el Dr. Tomas Sebá Cámara, quien formuló un diagnóstico y plan factible de tratamiento para sus problemas dentales.

Igualmente, gravitó en la solicitud de una revisión pericial de su caso, para constatar el compromiso de su dentadura que afecta su salud en general, debido a las dificultades digestivas suscitadas y el dolor al masticar los alimentos, puesto que la negativa en su práctica constituye una violación a su derecho del debido proceso.

Así las cosas, la Sala se circunscribirá a los aspectos impugnados por el actor y realizará algunas anotaciones adicionales.

En lo concerniente al primer aspecto, esto es, la valoración del dictamen expedido por el Dr. Sebá Cámara, se advierte que sobre las características que deben caracterizar un dictamen pericial el inciso 5º del artículo 226 del C.G.P señala:

“Todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones.”

Como puede advertirse, un dictamen implica que el perito deberá expresar las razones de sus conclusiones indicando los criterios científicos y técnicos que soporten su concepto.

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00150-01
Actor: JUAN CARLOS DÍAZ SALGADO
Demandado: NUEVA E.P.S. – SALUD A TU LADO I.P.S.
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 4 DE AGOSTO DE 2015
Procedencia: JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

En el *sub lite*, el actor manifiesta que el señor Tomas Guillermo Sebá Cámara, quien conforme al encabezado de las notas aportadas al proceso (Fl. 5 y 6), se identifica como especialista en Implantología Oral o Rehabilitación Oral, presentó un dictamen de tratamiento y rehabilitación dental para su caso; no obstante, avista la Sala que dichas notas no pueden calificarse como un dictamen pericial propiamente dicho, pues carece de los fundamentos y razones que expliquen la situación que presenta el paciente, las cuales le condujeron a fijar los parámetro allí enlistados; además, no se plasmaron en tales apuntes los juicios teóricos para fijar el tratamiento respectivo.

Luego entonces, de acuerdo con las anteriores razones, tales anotaciones no podrían tenerse inicialmente como un concepto médico definitivo sobre el diagnóstico y procedimiento para solucionar sus presuntas dificultades dentales, al carecer de los fundamentos que así lo indiquen.

De otra parte, respecto a la solicitud de revisión pericial de su caso, se advierte que el Juez constitucional, tiene libertad en la valoración de las pruebas; así como también la capacidad de abstenerse a practicar pruebas cuando esté plenamente convencido de la solución de la *litis* planteada; en este hilo conductor, cabe destacar que los artículos 21 y 22 del Decreto 2591 de 1991, al respecto anuncian:

“ARTICULO 21.-Información adicional. Si del informe resultare que no son ciertos los hechos, podrá ordenarse de inmediato información adicional que deberá rendirse dentro de tres días con las pruebas que sean indispensables. Si fuere necesario, se oír en forma verbal al solicitante y a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud, de todo lo cual se levantará el acta correspondiente de manera sumaria.

En todo caso, el juez podrá fundar su decisión en cualquier medio probatorio para conceder o negar la tutela.

ARTICULO 22.-Pruebas. El juez, tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas. (Subrayas de la Sala)

Conforme lo alecciona la norma en cita, es claro que no todas las pruebas requeridas por las partes en materia de tutela deben ser practicadas, puesto que al iniciar la recolección de medios de convicción, antes de agotar todas las solicitudes probatorias, el juez puede llegar a la certeza sobre la decisión que debe tomar en el *sub iudice* y abstenerse de recaudar las evidencias restantes, al considerar que el acopio realizado le permite la suficiente claridad y certidumbre sobre el caso; decisión está, que no vulnera los derechos de las partes, ni constituye vulneración específica del derecho al debido

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00150-01
Actor: JUAN CARLOS DÍAZ SALGADO
Demandado: NUEVA E.P.S. – SALUD A TU LADO I.P.S.
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 4 DE AGOSTO DE 2015
Procedencia: JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

proceso, puesto que es una facultad legal que premia la naturaleza sumaria que reviste la acción de tutela.

En efecto, existen otros elementos de juicio que permiten la valoración de las circunstancias del proceso, sin que se eche de menos la revisión pericial solicitada, entre ellas la historia clínica de atención médica odontológica (Fl. 20-21) y el testimonio rendido por la Odontóloga Diana Ortiz Escudero (Fl. 56 bis).

Por lo anterior, se tiene que no constituye una vulneración a algún derecho fundamental, la decisión del Juez de instancia, de abstenerse de practicar la revisión pericial solicitada; decisión que también adoptará esta Sala, dado que existen los elementos probatorios suficientes para decidir este sumario.

Ahora bien, analizado los reparos efectuados por el señor Juan Carlos Díaz Salgado y desestimados los mismos, corresponde a esta Sala examinar la procedencia del amparo tutelar en relación con el método de rehabilitación oral solicitado, pues conforme detalla la historia clínica, el procedimiento pedido se encuentra excluido del POS.

Lo anterior se encuentra corroborado con lo señalado en el numeral 14 del artículo 130 de la Resolución N° 5521 de 2013, “*Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS)*” normativa que señala:

“ARTÍCULO 130. EXCLUSIONES ESPECÍFICAS. Para el contexto del Plan Obligatorio de Salud debe entenderse como exclusiones de cobertura aquellas prestaciones que no serán financiadas con la Unidad de Pago por Capitación -UPC- y son las siguientes:

(...)

14, Tratamientos de periodoncia, ortodoncia, implantología, dispositivos protésicos en cavidad oral y blanqueamiento dental en la atención odontológica, diferentes a los descritos en el presente acto administrativo.” (Subrayas de la Sala)

Así que, definida la naturaleza como tratamiento no POS de la rehabilitación solicitada por el señor Juan Carlos Díaz Salgado, se examinarán los presupuestos que la jurisprudencia de la Corte ha determinado para ordenar este tipo de tratamientos a través de la acción de tutela. Los requisitos son los siguientes:

- i) Que la falta de medicamentos o tratamientos excluidos amenaza los derechos fundamentales a la vida, la dignidad o la integridad física;*
- ii) Que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado el paciente que demanda el servicio;*

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00150-01
Actor: JUAN CARLOS DÍAZ SALGADO
Demandado: NUEVA E.P.S. – SALUD A TU LADO I.P.S.
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 4 DE AGOSTO DE 2015
Procedencia: JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

iii) Que el medicamento no puede ser sustituido por otro de los contemplados en el plan obligatorio de salud o que pudiendo serlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan; y,

iv) Que el paciente no puede sufragar el costo de lo requerido.

Corolario de lo anterior, tratándose del primer ítem dispositivo, se observa que no existe elemento de prueba alguno que permita concluir que el tratamiento odontológico excluido, amenace los derechos fundamentales a la vida, dignidad e integridad física del accionante, puesto que la historia clínica evidencia (Fl. 21), que el motivo de consulta del señor Díaz Salgado en la cita referida en el libelo introductorio el 2 de junio de 2015, fue:

“PACIENTE QUE CONSULTA POR PRESENTAR CORONA DESADAPTADA EN OD 38, SE LE RECOMIENDA CONSULTAR CON REHABILITADOR ORAL.”

Precisamente, sobre el padecimiento anotado el cual fue definido como “*corona desadaptada*”, la odontóloga Diana Ortiz Escudero quien atendió al actor en la I.P.S Salud a tu Lado, bajo la gravedad del juramento señaló sobre esa circunstancia:

PREGUNTADO. Acudiendo a sus conocimientos profesionales en materia de odontología v habiendo atendido al señor Juan Carlos Díaz Salgado, de acuerdo a su nivel profesional, aprovechando los conocimientos científicos que usted tiene como odontóloga. Podría informarle al despacho si esa corona desadaptada afecta notoriamente la salud del señor Díaz Salgado. CONTESTÓ: No, no lo afecta, fuera molesto o le afectar más si al señor se le fuera presentado algún dolor, cuando hay dolor es porque ya se está afectando una parte, si yo hago referencia que es desadaptado en un término odontológico, una corona tiene un selle como colocarse un anillo, cuando ese anillo no llega hasta la parte del cuello del diente, de pronto por trauma oclusal, o trauma del paciente por un mal cepillado, yo puedo decir que esta desadaptada porque el selle marginal que esa corona debe tomar no lo tiene en ese momento, entonces, no considero que eso sea motivo para afectar la salud en general del paciente. PREGUNTADO: Al hacer el examen odontológico al señor Juan Carlos Díaz Salgado, además de esa corona que esta desadaptada según sus términos profesionales, encontró usted alguna otra afectación distinta en esa consulta, CONTESTÓ: No encontré, el paciente cuando llega dice el motivo de la consulta, y el motivo de consulta del señor es que tiene una corona desadaptada, PREGUNTADO: De acuerdo con lo que viene informando desde el punto de vista profesional considera usted que el paciente Juan Carlos Díaz Salgado amerita un tratamiento especial, o un procedimiento especial, urgente y necesario, para la situación de su dentadura dada la desadaptación de la corona que usted manifiesta, para corregir ese defecto. CONTESTÓ: Yo soy una persona conservadora, hay 32 órganos dentarios y considero que todos tiene igual importancia, hay que prestarles atención, pero no es urgente...”

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00150-01
Actor: JUAN CARLOS DÍAZ SALGADO
Demandado: NUEVA E.P.S. – SALUD A TU LADO I.P.S.
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 4 DE AGOSTO DE 2015
Procedencia: JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Como puede advertirse, los elementos de prueba arrimados al expediente, no logran exhibir a la Sala, la afectación de los derechos fundamentales alegados, a saber, vida, dignidad e integridad física; luego entonces, al no estructurarse este primer elemento, se entiende como no procedente el tratamiento solicitado por conducto de este medio constitucional.

En virtud de lo anterior, al no prosperar los argumentos planteados en la impugnación y al no demostrarse el primer menester que faculta la procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar la realización del tratamiento odontológico no contemplado en el Plan Obligatorio de Salud, se impone para esta Judicatura confirmar el fallo impugnado.

IX. CONCLUSIÓN

Finalmente, la respuesta al problema jurídico planteado es negativa, toda vez que el tratamiento de rehabilitación oral requerido por el actor, al no encontrarse contemplado en el Plan Obligatorio de Salud, debe ser sufragado por él, sin embargo, este podía tener acceso al mismo, sí se estructuraban los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para habilitar excepcionalmente este tipo de procedimientos odontológicos por vía de tutela; apremios que al no ser probados dentro del plenario, aparejan la negativa de las pretensiones y la confirmación del fallo impugnado.

X. 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 Constitución y la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo proferido el 4 de agosto de 2015, por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

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.

Expediente: 70-001-33-33-005-2015-00150-01
Actor: JUAN CARLOS DÍAZ SALGADO
Demandado: NUEVA E.P.S. – SALUD A TU LADO I.P.S.
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 4 DE AGOSTO DE 2015
Procedencia: JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

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.

El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por esta Sala, en sesión ordinaria de la fecha, según consta en Acta No. 134.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Magistrado

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado