



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, 17 de enero de dos mil veinte (2020)

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado ponente: **Andrés Medina Pineda**

Acción de Tutela	
Asunto:	Sentencia de segundo grado
Radicación:	Nº 70-001-33-33-003-2019-00420-01
Demandante:	Doralina Martínez Mercado
Demandado:	Nueva E.P.S.
Procedencia:	Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo

Tema: *Sujeto de especial protección constitucional / el Derecho Fundamental a la Salud y su relación con el suministro oportuno de medicamentos / Demora y Prohibición de anteponer barreras administrativas para la prestación del servicio a la Salud / Tratamiento Integral / Confirma /*

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

Procede la Sala a dirimir la impugnación presentada por la parte accionada dentro del asunto de la referencia, contra la sentencia de fecha 26 de noviembre de 2019¹, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo.

2. LA SÍNTESIS FÁCTICA²

La señora DORALINA MARTÍNEZ MERCADO, indica estar actualmente afiliada a la NUEVA EPS en el régimen subsidiado, y que, en el mes de septiembre del año pasado fue operada de glaucoma.

Alegó que, debido a lo anterior le fueron recetados los siguientes medicamentos:

¹ Fls. 16 - 21 del C.Ppal

² Fl. 1 del C.Ppal

OPHTHASONA GOTAS (sic), y LAGRIMAX GOTAS.

Manifestó que, lleva aproximadamente ocho meses sin poder aplicarse las gotas que necesita para tratar su patología, pues la E.P.S., se ha negado a suministrarlas argumentando que son demasiado costosas.

Afirma ser una mujer de 76 años de edad, que se encuentra en muy malas condiciones de salud, vive completamente sola, no cuenta con el apoyo de nadie, vive de la caridad de algunos conocidos, por lo que le queda imposible costear por sus propios medios las gotas recetadas.

Asevera que, el medicamento recetado constituye un paso fundamental para su tratamiento, y la falta de este, ha venido ocasionando dolor ocular, enrojecimiento, visión borrosa y muchas molestias en los dos ojos. El médico tratante le advirtió que si no, se las suministra en la brevedad de lo posible iba a perder la vista.

Por último, indica que con la negativa de la EPS a entregarle los medicamentos se están vulnerando sus derechos a la salud, a la seguridad social, a la vida y a la dignidad humana, dando pie a la ocurrencia de un perjuicio irremediable como lo es la pérdida de la vista de su ojo izquierdo.

3. LOS DERECHOS INVOCADOS³

Derecho a la Salud, Seguridad Social, Vida y a la Dignidad Humana.

4. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN⁴

Solicita se le conceda el amparo constitucional invocado, y se ordene a la NUEVA E.P.S., entregar de manera inmediata el medicamento **OPHTHASONA GOTAS** y **LAGRIMAX GOTAS**, en la cantidad y calidad recetada por el médico tratante, hasta tanto las necesite.

5. EL RESUMEN DE LA CRÓNICA PROCESAL.

PRIMERA INSTANCIA

Actuación procesal	Folio	Fechas o asuntos
Por reparto ordinario del se asignó el conocimiento al Juzgado Tercero	7 Cd. 1	12 de noviembre del 2019

³ Fl 1 del C. Ppal

⁴ Fl. 2 del C. Ppal

Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sincelejo		
Se admite la demanda	8 Cd. 1	13 de noviembre del 2019
Se notifica personalmente via correo electrónica a la accionante, nueva EPS y al Ministerio Publico	9 y 11 Cd. 1	13 de noviembre del 2019
Se notifica personalmente a la accionante	12 Cd. 1	13 de noviembre del 2019
Contestación de la Nueva EPS	13-15 Cd. 1	15 de noviembre del 2019
Se profiere Sentencia, amparando el derecho fundamental a la salud y a la vida de la señora DORALINA MARTÍNEZ MERCADO	16-21 Cd. 1	26 de noviembre del 2019
Se notifica vía electrónica la sentencia al Ministerio Publico, Nueva EPS y a la demandante	22-23 Y 25 Cd. 1	26 de noviembre del 2019
Se notifica personalmente a la accionante	26 Cd. 1	26 de noviembre del 2019
La accionada impugnó la decisión	27-31 Cd. 1	28 de noviembre del 2019
Auto concede la impugnación	33 Cd. 1	02 de diciembre del 2019
Se somete a reparto para segunda instancia - correspondiéndole el conocimiento al Magistrado Ponente	2 Cd. Alzada	02 de diciembre del 2019

SEGUNDA INSTANCIA

Actuación procesal	Folio	Fechas o asuntos
Pasa al Despacho del Magistrado Ponente	3 Cd. Alzada	06 de diciembre del 2019
Auto que admite la Impugnación	4	09 de diciembre del 2019

6. LA SINOPSIS DE LAS RESPUESTAS

6.1. La NUEVA EPS⁵, rindió informe manifestando que el afiliada DORALINA MARTÍNEZ MERCADO, se encuentra activa a la NUEVA E.P.S. S.A., en el régimen subsidiado, por lo cual, de acuerdo con la Ley 715 de 2001, corresponde a la entidad territorial sea Departamento, Distrito o Municipio certificado en salud, gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, incluida la población afiliada al régimen subsidiado en lo no cubierto en el Plan de Beneficios de Salud –PBS-

Referente a la solicitud de medicamentos señala que, no existe radicación alguna por lo cual la usuaria debe asistir a consulta médica con su médico tratante, con la finalidad de que evalúe su estado de salud y emita una prescripción actualizada y proceda a ingresar la respectiva solicitud a través de MIPRES.

⁵ Fls. 14 - 15 del C.Ppal

Sostiene que, en el evento de conceder el amparo deberá adoptar las medidas necesarias para preservar el equilibrio financiero del sistema, disponiendo el respectivo recobro dentro del menor tiempo posible, dando cumplimiento al principio de celeridad que deba caracterizar dicho trámite.

De otra parte, solicitó la vinculación inmediata de la Secretaría de Salud Departamental de Sucre, para que se haga responsable del recobro y la entrega de medicamentos que no se encuentra dentro del plan de beneficios de salud, si es el caso.

Finalmente, pidió no se acceda a las pretensiones, en su lugar, se declare la improcedencia de la acción de tutela en virtud de los fundamentos de hecho y de derecho, vincular a la Secretaría de Salud Departamental de Sucre con la finalidad que atienda las pretensiones NO POS; además se autorice a la Nueva E.P.S., repetir contra la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en la Salud (ADRES) por el 100% de la totalidad de los valores que deba asumir la entidad.

6.2. MINISTERIO PÚBLICO: El señor Agente del Ministerio Público delegado ante el juzgado, no se pronunció al respecto.

7. LA DECISIÓN OBJETO DE IMPUGNACIÓN⁶

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante Sentencia de calenda 26 de noviembre de 2019⁷, resolvió tutelar el derecho a la salud, y a la vida Digna de la señora DORALINA MARTÍNEZ MERCADO.

Con fundamento en su decisión, indicó que no es bien recibido por el Despacho, el afirmar que, no se evidencia radicación de los medicamentos formulados, requiriendo que la accionante solicite cita con el médico general para luego ser remitida con el médico especialista tiempo en el cual la salud de la accionante se deteriorará cada día más.

Arguye que, la Nueva E.P.S S.A., le está vulnerando a la accionante su derecho fundamental a la salud, toda vez que no ha cumplido de manera oportuna con el suministro y/o entrega del medicamento que requiere para seguir el tratamiento prescrito por su médico tratante, omisión esta que, le ha quitado la oportunidad de

⁶ Fl. 16 - 21 del C. Ppal.

⁷ Fl. 16 - 21 del C. Ppal.

afrontar y superar la patología que padece; desconociendo así de forma ostensible el principio de atención integral a la salud contemplado en el Art. 8 de la Ley 1751 del 2015, el cual demanda que las empresas prestadoras del servicio de salud brinden asistencia médica especializada, generen las órdenes que requiera el estado de salud de un paciente y suministre los medicamentos prescritos por el médico tratante.

Afirma que, en casos donde se dilata de forma injustificada el suministro de medicamentos dispuestos por el médico tratante y las consecuencias de ese proceder irregular al cual está obligada la entidad, es ir en contra del mandato legal que le corresponde.

Asevera que es procedente ordenarle a la Nueva E.P.S S.A., que le suministre a la señora **DORALINA MARTÍNEZ MERCADO** los medicamentos denominados **OPHTHASONA GOTAS** y **LAGRIMAX GOTAS**; dado que la demora en la entrega del medicamento ordenado por el galeno tratante vulnera el derecho fundamental a la salud de la accionante.

Reitera que, siendo la salud elevada a derecho fundamental, entendido como la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad, el diagnóstico, el tratamiento, la recuperación, la rehabilitación y los cuidados paliativos, debiendo ser garantizado bajo la supervisión del Estado para todas las personas sin ninguna discriminación, razón por la cual, no pueden negarle la atención a una persona, imponerle demoras y trabas o esgrimir razones económicas para no prestarle servicios propios del nuevo derecho fundamental a la salud.

Por último, en torno a la capacidad económica, consagrando reglas probatorias establecidas por la Corte Constitucional expuestas en la sentencia **T-683 de 2003**, estima que, en el presente asunto aplicando la presunción de buena fe en torno a la ausencia de medios económicos expuesta en los hechos de la acción de tutela por la accionante, a la entidad demandada le correspondía demostrar lo contrario, carga que no cumplió la E.P.S. accionada, razón por la cual se considera que existe insuficiencia económica de la demandante para asumir directamente el pago de los medicamentos que por esta vía constitucional se ordenan.

Concluye que, tutelaré el derecho fundamental a la salud de la señora **DORALINA MARTÍNEZ MERCADO**, ordenando a la entidad Nueva E.P.S., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la comunicación de esta providencia, proceda a entregar los fármacos denominados **OPHTHASONA GOTAS** y **LAGRIMAX**

GOTAS, en la forma en que lo ordenó su médico tratante; de igual manera, le brinde los demás procedimientos médicos que necesite esta ciudadana, con el objeto de velar por el derecho a la salud y que sea protegido de manera integral, siempre y cuando guarde relación con la patología que generó este amparo de tutela.

7.1. LA IMPUGNACIÓN⁸: En tiempo, la **NUEVA E.P.S S.A.**, presentó escrito de impugnación solicitando se revoque el fallo de tutela, y en caso de no acceder, adicionar la facultad para hacer el recobro contra la Administradora del Sistema de la Seguridad Social en Salud -ADRES-.

Frente al tratamiento integral indicó que, de exceder a los lineamientos de la normativa vigente no es conducente, porque evaluar la procedencia de conceder un tratamiento integral que implique hechos futuros e inciertos respecto de las conductas a seguir con el paciente, es conveniente mencionar lo previsto en el Art. 1 del Decreto 2591 de 1991, el cual señala que la protección de los derechos fundamentales se basa en una vulneración o amenaza que provenga de autoridad pública o de los particulares.

Concluye que le juez no puede entrar a dar órdenes basándose en supuestos de hechos negativos u omisivos, en aras de la protección, solo es de hacerlo si existe en realidad acciones de la entidad y estas constituyen una violación de algún derecho fundamental.

8. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA DECIDIR

8.1. LA COMPETENCIA. El Tribunal es competente para conocer en Segunda Instancia de la presente impugnación, en atención a lo establecido en el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

8.2. PROBLEMA JURÍDICO. De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que el problema jurídico se circunscribe en determinar si, ¿la **NUEVA E.P.S S.A.**, vulnera los derechos fundamentales a la salud, seguridad social, vida y a la dignidad humana de la señora **DORALINA MARTÍNEZ MERCADO**, al negarle la entrega de los medicamentos: **OPHTHASONA GOTAS** y **LAGRIMAX GOTAS** por ser medicamentos NO PBS según la entidad accionada?

Para arribar a la solución de lo planteado, se abordará el siguiente hilo conductor: **i)** Procedibilidad de la acción de tutela; **ii)** el derecho fundamental a la salud y su relación

⁸ Fl. 28 al 31 del C. Ppal.

con el suministro oportuno de medicamentos, tratamientos, procedimientos e insumos; **iii)** demora en la prestación del servicio de salud; **iv)** prohibición de anteponer barreras administrativas para la prestación del servicio a la salud; **v)** requisitos para que las entidades prestadoras de salud autoricen servicios e insumos excluidos del Plan Obligatorio de Salud; **vi)** autorización de servicios e insumos reclamados sin orden médica, cuya necesidad configura un hecho notorio; y **vii)** caso concreto.

8.3.1. PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA. En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la reiterada jurisprudencia constitucional dictada en la materia⁹ y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual, sólo procede excepcionalmente como mecanismo de protección *definitivo* cuando: **(i)** el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, **(ii)** existiendo otro mecanismo, carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las circunstancias del caso concreto; de otro lado, procederá como mecanismo *transitorio* cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable¹⁰. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, el accionante deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela y la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario¹¹.

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación se realizará un análisis en el caso concreto de los requisitos de procedencia de la acción de tutela.

8.3.2. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA. Según el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela puede ser promovida por cualquier persona, ya sea por sí misma o por medio de un tercero que actúe en su nombre, cuando sus derechos

⁹ Ver, entre otras, sentencias T-119 de 2015, T-250 de 2015, T-446 de 2015, T-548 de 2015, y T-317 de 2015.

¹⁰ Acerca del perjuicio irremediable, esta Corte ha señalado que debe reunir ciertos requisitos para que torne procedente la acción de tutela, a saber: "(i) que se trate de un hecho cierto e inminente; (ii) que las medidas a tomar deben ser urgentes; (iii) que la situación a la que se enfrenta la persona es grave; y finalmente (iv) que las actuaciones de protección han de ser impostergables." Ver sentencia T-896 de 2007, entre otras.

¹¹ Decreto 2591 de 1991, artículo 8. La tutela como mecanismo transitorio. "Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado. En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela. (...)"

constitucionales fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y excepcionalmente por los particulares.

De acuerdo con ello, en el presente caso, es posible concluir que la señora DORALINA MARTÍNEZ MERCADO, es una mujer de 76 años de edad y que por las características personales y contextuales que plantea en la tutela, que no fueron desvirtuadas por la EPS, puede considerarse como sujeto de especial protección constitucional, que reclama la protección de sus garantías *iusfundamentales* a la Salud, Seguridad Social, Vida y a la Dignidad Humana, presuntamente vulnerados por la NUEVA E.P.S S.A., por consiguiente, este requisito se encuentra satisfecho, en tanto quien alega la vulneración de los derechos es la misma accionante.

8.3.3. LEGITIMACIÓN POR PASIVA. De conformidad con el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991¹², “[l]a acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley”. En este sentido, la legitimación en la causa por pasiva, como requisito de procedibilidad, exige la presencia de un nexo de causalidad entre la vulneración de los derechos del tutelante y la acción u omisión de la parte demandada.

En este caso, al ser la NUEVA E.P.S S.A., la entidad a cargo de la prestación del servicio de salud por encontrarse la accionante afiliada (hecho que es aceptado por la EPS en el informe de tutela rendido)¹³ y, al ser la indicada como vulneradora de los derechos fundamentales invocados por la parte actora; aquella entidad, tiene la *legitimación en la causa por pasiva*; de allí que, sea procedente seguir con el estudio del sub examine.

8.3.4. INMEDIATEZ. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a pesar de no existir un término de caducidad para acudir a la acción de tutela, ésta debe presentarse en un lapso prudente y razonable después de ocurrir los hechos que motivan la afectación o amenaza de los derechos. De este modo, ha dicho este Tribunal que esa relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el hecho vulnerador de los derechos fundamentales, debe evaluarse en cada caso concreto, atendiendo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En ese contexto, la Corte ha reiterado que, por un lado, “(...) el requisito de la inmediatez no implica la imposición de un plazo inflexible y que el juicio sobre la

¹² “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

¹³ Contestación de la tutela fls. 14-15 del C. Ppal.

*oportunidad en la interposición de la acción debe hacerse en concreto, a la luz de las circunstancias de cada caso*¹⁴, y por el otro, *(...) pueden existir razones que expliquen la demora en acudir al amparo, caso en el cual no cabe acudir al principio de la inmediatez para declarar la improcedencia de la tutela*¹⁵.

En el caso concreto, se evidencia de los supuestos fácticos narrados por la accionante y los documentos arrimados, que el día **26 de octubre de 2019**, la accionante fue en atendida por el médico Sergio Andrés Vélez especialista en Oftalmología de la Clínica Oftalmológica de Sucre, quien le formulo OPHOTHASONA y LAGRIMAX gotas, para evitar inflamaciones y sequedad.¹⁶

Conforme a lo anterior, esta Sala observa que entre el hecho presuntamente vulnerador, hasta la fecha de presentación de la acción de amparo -12/11/19-, no se le ha brindado una repuesta oportuna a la necesidad de la paciente, término que la Sala considera oportuno, máxime cuando los derechos fundamentales de la accionante permanecen en el tiempo en la medida que aún no se le ha realizado el suministro de estas gotas ordenadas por su médico tratante, manteniéndose con ello, una situación de vulnerabilidad continua y actual que hace imperativa la intervención del Juez de tutela de manera urgente e inmediata, máxime cuando se trata de una sujeto de especial protección constitución, que manifiesta no tener los recursos económicos para poder suministrar el costo de estos medicamentos.

Sobre la materia, la propia jurisprudencia ha precisado que *“la acción de tutela tiene como objetivo la protección cierta y efectiva de derechos fundamentales que se encuentran amenazados, bien por acción o bien, por omisión de autoridad pública o particular cuando a ello hay lugar. Ese objetivo, no se agota con el simple paso del tiempo, sino que continúa vigente mientras el bien o interés que se pretende tutelar pueda seguir siendo tutelado para evitar que se consume un daño antijurídico de forma irreparable”*.

En ese orden, se encuentra acreditado el requisito de inmediatez.

8.3.5. SUBSIDIARIEDAD. De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria y, en consecuencia, su procedencia se encuentra condicionada a que **“(i) el afectado no**

¹⁴ Ver sentencia T-055 de 2008.

¹⁵ Ibídem.

¹⁶ Ver copia de la Historia Clínica Fl. 23 C. de Alzada.

disponga de otro medio de defensa judicial, **(ii)** cuando existiendo un medio de defensa judicial ordinario este resulta no ser idóneo para la protección de los derechos fundamentales del accionante o **(iii)** cuando, a pesar de que existe otro mecanismo judicial de defensa, la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.” .

Sobre el particular, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 señala que ante la posible existencia de un mecanismo ordinario de defensa, la eficacia del mismo debe ser apreciada en concreto *“atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”*¹⁷.

En tratándose de los derechos fundamentales de aquellas personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta en razón de su edad, su condición económica, física o mental, la Corte Constitucional¹⁸, en numerosas ocasiones, ha precisado que la procedencia de la tutela se hace mucho más flexible; adicionalmente esa alta Corporación le atribuye, la calidad de sujetos de especial protección constitucional a los menores de edad, las mujeres embarazadas, los adultos mayores, las personas con disminuciones físicas y psíquicas y las personas en situación de desplazamiento.

Respecto de la subsidiariedad, algunas Salas de Revisión de la Corte Constitucional han considerado que, teniendo en cuenta que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, el accionante deberá acudir primero ante la Superintendencia Nacional de Salud para que, de manera definitiva, se garantice, si fuere el caso, el suministro de los procedimientos, medicamentos e insumos no incluidos en el plan de beneficios que fueron solicitados¹⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, tomando en consideración que en el caso ahora sometido a conocimiento de este Tribunal versa sobre los derechos fundamentales de una persona en situación de vulnerabilidad, que pertenece al régimen subsidiado en salud; y teniendo en cuenta el diagnóstico que la aqueja, la Sala considera que el procedimiento

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T – 149 de 2013 (M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez).

¹⁸ Corte Constitucional, sobre la protección especial a los niños, las sentencias T-550 de 2001 y T-864 de 2000, (M. P. Alfredo Beltrán Sierra), T-510 de 2003 y T-397 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-943 de 2004, M. P. Álvaro Tafur Galvis, T-265 de marzo 17 de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería, principios reiterados en las sentencias T-765 de octubre 10 de 2011 y T-681 de agosto 27 de 2012, ambas M. P. Nilson Pinilla Pinilla, T-586 de 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T- 557 de 2017, M.P Alberto Rojas Ríos.

¹⁹ Corte Constitucional, ver entre otras, las Sentencias T-603 de 2015, T-098 y T-400 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado) y T-450 de 2016 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

establecido en las Leyes 1122 de 2007²⁰ y 1438 de 2011²¹, que otorgó facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para resolver controversias entre las EPS y sus afiliados, carece de la reglamentación suficiente a la luz de la nueva Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015 y por lo tanto, no puede considerarse un mecanismo de defensa judicial que resulte idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales invocados por la accionante.

Sobre este aspecto, la Corte Constitucional también ha insistido en que la valoración de las particularidades del caso concreto, sigue siendo indispensable para determinar si el mecanismo previsto ante la Superintendencia Nacional de Salud es idóneo y eficaz, máxime si nos encontramos ante sujetos de especial protección constitucional como son los niños o adolescentes, escenario en el cual, se debe propender porque el derecho fundamental a la salud sea garantizado de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita²².

En ese orden de ideas, en el presente asunto se encuentra configurado el requisito de subsidiariedad, por tanto, la acción de tutela se torna procedente como mecanismo autónomo y definitivo para proteger los derechos fundamentales invocados, dada la necesidad prioritaria de garantizar los derechos de mujer de la tercera edad, los cuales han sido aparentemente vulnerados por la entidad accionada.

8.4. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y SU RELACIÓN CON EL SUMINISTRO OPORTUNO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS, PROCEDIMIENTOS E INSUMOS. La Ley Estatutaria 1751 de 2015 regula el derecho fundamental a la salud en sus dos facetas: como derecho y como servicio público. Así, por una parte, se consagró como un derecho fundamental autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo, y de otro, como servicio público esencial obligatorio que debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud, cuya ejecución se realiza bajo la innegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del estado.²³

A su vez, el artículo 6 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 dispone que, entre los elementos y principios del derecho fundamental a la salud, se encuentra la

²⁰ "Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

²¹ "Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

²² Corte Constitucional, Sentencia T-447 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa).

²³ Ley 1751 de 2015. Artículo 2

accesibilidad, entendida como la posibilidad de todos de acceder a los servicios y tecnologías de salud y la continuidad, que está dada por la imposibilidad de interrumpir la provisión de un servicio por razones administrativas o económicas.

La H. Corte Constitucional de manera reiterada ha reconocido el suministro oportuno de **medicamentos**, tratamientos, procedimientos e insumos, como obligaciones que deben cumplir las entidades prestadoras del servicio de salud, para lo cual deben observar los principios de oportunidad y eficiencia.

Respecto de este último, en la Sentencia **T -124 de 2016**²⁴ ha precisado, que *“La jurisprudencia constitucional, con base en la normatividad internacional, ha señalado que el derecho a la salud tiene cuatro dimensiones: **disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad**, de las cuales se deriva que toda persona tiene derecho al acceso a los servicios que se requieran incluidos o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Respecto a los servicios establecidos en el POS, la Corte ha señalado que toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios médicos contemplados dentro de los planes obligatorios de salud. De manera que, “no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.”*

En este orden de ideas, se ha reconocido por parte del máximo Tribunal Constitucional que la dilación injustificada en el suministro de **medicamentos**, tratamientos, procedimientos e insumos, por lo general implica que el tratamiento ordenado al paciente se suspenda o no se inicie de manera oportuna y en esa medida se vulneran los derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal, a la dignidad humana, y a la vida del usuario. Por ello la entrega tardía o inoportuna de los medicamentos o insumos desconoce los principios de integralidad²⁵ y continuidad²⁶ en la prestación del servicio de salud.

²⁴ M. P. Luis Ernesto Vargas Silva

²⁵ Según la sentencia T- 576 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) *“(…) se distinguen dos perspectivas desde las cuales la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de integralidad de la garantía del derecho a la salud. Una, relativa a la integralidad del concepto mismo de salud, que llama la atención sobre las distintas dimensiones que proyectan las necesidades de las personas en materia de salud, valga decir, requerimientos de orden preventivo, educativo, informativo, fisiológico, psicológico, emocional, social, para nombrar solo algunos aspectos. La otra perspectiva, se encamina a destacar la necesidad de proteger el derecho constitucional a la salud de manera tal que todas las prestaciones requerida por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas de modo efectivo. Esto es, el compendio de prestaciones orientadas a asegurar que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación de enfermedad particular de un (a) paciente.*

²⁶ De conformidad con el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015 una de las características del derecho fundamental a la salud es la continuidad, la cual consiste en que *“las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua”*. Adicionalmente, la continuidad implica que *“una vez la*

Bajo esa perspectiva, los derechos de los usuarios se vulneran cuando existen obstáculos o barreras injustificadas, que impiden al paciente acceder a los servicios de salud o al suministro de los medicamentos.²⁷ Dicha situación se agrava cuando, no se le ha dado el debido manejo como ya se indicó previamente.

8.5 DEMORA EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD.

La Corte²⁸ ha dicho que del concepto de *oportunidad* se deriva la noción de las *demoras* en la prestación de servicios de salud. Cuando se supera el momento adecuado en el que debe practicarse un examen, procedimiento o tratamiento, es posible afirmar que inicia la vulneración del derecho a la salud, ya no por causas intrínsecas y naturales de la enfermedad, sino desde el punto de vista de la diligencia con la que actúa la entidad que presta el servicio.

Así lo ha manifestado la Corte en diversas oportunidades. Por ejemplo, en la Sentencia **T-289 de 2004** afirmó que “(...) [l]a demora en la práctica de la operación que a la demandante le es urgente, ha vulnerado los derechos a la salud en conexidad con [la] vida”²⁹. De igual manera, ha establecido que “(...) cuando una E.P.S. o A.R.S., en razón a trámites burocráticos y administrativos, demora la prestación del servicio de salud requerido por un usuario, vulnera el derecho a la vida del paciente, pues solamente razones estrictamente médicas justifican que se retrase la prestación del servicio de salud”;³⁰ y que “(...) no es normal que se retrase la autorización de cirugías, exámenes o tratamientos que los mismos médicos de las E.P.S. o I.P.S. recomiendan, pues ello va en contra de los derechos a la vida, y a la integridad física de los afiliados no solamente cuando se demuestre que sin ellos el paciente puede morir, sino también cuando implican una demora injustificada en la iniciación de un tratamiento que pretende el restablecimiento de la salud perdida.”³¹

8.6 PROHIBICIÓN DE ANTEPONER BARRERAS ADMINISTRATIVAS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD. Al respecto la Corte Constitucional ha planteado³², que la prestación eficiente y efectiva del servicio de

provisión del servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas”.

²⁷ Ver sentencias T460 de 20112, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T- 320 de 2015 M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez.

²⁸ Corte Constitucional Sentencia T-397 del 2017

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-881 de 2003.

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-635 de 2001.

³¹ Corte Constitucional, sentencias T-1037 de 2001, T-576 de 2003, T-289 de 2004 y T-117 de 2005.

³² Corte Constitucional, Sentencia T-32 del 2018

salud no puede verse interrumpida a los usuarios por la imposición de barreras administrativas que diseñe la misma entidad prestadora del servicio para adelantar sus propios procedimientos. En tal sentido, cuando se afecta la atención de un paciente con ocasión de circunstancias ajenas al afiliado y que se derivan de la forma en que la entidad cumple su labor, se desconoce el derecho fundamental a la salud de los afiliados, porque se dificulta su ejercicio por cuenta del traslado injustificado, desproporcionado y caprichoso de las cargas administrativas de las EPS a los afiliados.³³

Para la Corte Constitucional, la imposición de barreras administrativas desproporcionadas a los usuarios, tales como largos desplazamientos de su lugar de residencia al centro médico³⁴ y el sometimiento a trámites administrativos excesivos³⁵; desconoce los principios que guían la prestación del servicio a la salud debido a que:

“(i) no se puede gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para la recuperación satisfactoria de su estado de salud (oportunidad), (ii) los trámites administrativos no están siendo razonables (eficiencia), (iii) no está recibiendo el tratamiento necesario para contribuir notoriamente a la mejora de sus condiciones de vida (calidad) y (iv) no está recibiendo un tratamiento integral que garantice la continuidad de sus tratamientos y recuperación (integralidad)”³⁶.

En el mismo sentido, la guardiana de la Constitución ha reconocido los efectos perjudiciales y contraproducentes, para el ejercicio del derecho fundamental a la salud de los pacientes, causados por las barreras administrativas injustificadas y desproporcionadas implantadas por las EPS a los usuarios, los que se sintetizan de la siguiente manera³⁷:

- i) Prolongación injustificada del sufrimiento, debido a la angustia emocional que genera en las personas sobrellevar una espera prolongada para ser atendidas y recibir tratamiento;

³³ Sentencia T-405 de 2017. Por intermedio de tal jurisprudencia, este Tribunal al analizar las cargas administrativas que algunas entidades prestadoras de salud le imponían a sus usuarios estipuló “que la negligencia de las entidades encargadas de la prestación de un servicio de salud a causa de trámites administrativos, incluso los derivados de las controversias económicas entre aseguradores y prestadores, no puede ser trasladada a los usuarios por cuanto ello conculca gravemente sus derechos, al tiempo que puede agravar su condición física, psicológica e, incluso, poner en riesgo su propia vida. De ahí que la atención médica debe surtir de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de integralidad y continuidad, sin que sea constitucionalmente válido que los trámites internos entre EPS e IPS sean imputables para suspender el servicio.”

³⁴ Sentencia T-718 de 2016.

³⁵ Sentencia T-081 de 2016.

³⁶ Sentencia T-745 de 2013. Citada en la sentencia T-405 de 2017.

³⁷ Sentencia T-405 de 2017.

- ii) Posibles complicaciones médicas del estado de salud de los pacientes por la ausencia de atención oportuna y efectiva;
- iii) Daño permanente o de largo plazo o discapacidad permanente debido a que puede haber transcurrido un largo periodo entre el momento en que la persona acude al servicio de salud y el instante en que recibe la atención requerida;
- iv) Muerte, que constituye la peor de las consecuencias y que ocurre por la falta de atención pronta y efectiva, puesto que la demora reduce las posibilidades de sobrevivir o su negación atenta contra la urgencia del cuidado requerido.

Así las cosas, la los trámites administrativos injustificados, desproporcionados e impertinentes, no pueden trasladarse a los pacientes o usuarios, pues dicha circunstancia puede poner en riesgo su condición física, sicológica e incluso podría afectar la vida de los usuarios³⁸.

8.7 REQUISITOS PARA QUE LAS ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD AUTORICEN SERVICIOS E INSUMOS EXCLUIDOS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD.

Al respecto la Corte³⁹ ha hecho mención que el alcance del derecho fundamental a la salud impone a las entidades prestadoras de salud y al Estado, como titular de su administración, la necesidad de que la atención médica brindada a los usuarios tenga una cobertura tal, que la prevención, tratamiento, recuperación o atenuación, según el caso, de las patologías que les aquejen y sus correspondientes efectos, tenga asidero en la materialización de la prestación de dichos servicios y no sea una mera idealización normativa carente de fundamento práctico.

En ese orden de ideas, cuando el correspondiente profesional determina que un paciente demanda la prestación de servicios médicos, la realización de procedimientos o **el suministro de medicamentos e insumos**, sin importar que estén o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, la respectiva entidad prestadora está en el deber de proveérselos.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-014 del 2017.

No obstante, para este último evento, es decir, cuando se trate de aquellos elementos excluidos del mencionado plan de beneficios, deben verificarse una serie de reglas, establecidas reiteradamente por la Corte: **(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; y **(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.

Así las cosas, es claro que las exclusiones legales del Plan Obligatorio de Salud no pueden constituir una barrera insuperable entre los usuarios del Sistema de Salud y la atención eficaz de sus patologías, pues existen circunstancias en las que su autorización implica la única posibilidad eficaz de evitarles un perjuicio irremediable. Tal responsabilidad está a cargo de las prestadoras de salud, pero ante el incumplimiento de su deber constitucional y legal es el juez de tutela el llamado a precaver dicha situación y exaltar la supremacía de las garantías constitucionales que se puedan conculcar.

8.8 AUTORIZACIÓN DE SERVICIOS E INSUMOS RECLAMADOS SIN ORDEN MÉDICA, CUYA NECESIDAD CONFIGURA UN HECHO NOTORIO.

Por regla general, las entidades prestadoras de salud sólo están obligadas a autorizar servicios e insumos que hayan sido prescritos por un profesional adscrito a su red de prestadores de servicios médicos⁴⁰. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, ante la inexistencia de una orden o cualquier otro documento que permita colegir, técnica o científicamente, la necesidad de lo que reclama un usuario, resulta imperiosa la intervención del juez constitucional con miras a impartir un mandato en el sentido que corresponda.

De lo anterior se desprende, claramente, que hay situaciones en las que el juez constitucional debe prescindir de la prescripción médica para procurarle a un paciente el acceso a una prestación que necesita, pues, salta a la vista que, de no proveérsele, las consecuencias negativas para este serían apenas obvias; principalmente, en situaciones en las que el riesgo de sufrirlas se potencializa en razón de factores socioeconómicos,

⁴⁰ Ver, entre otras, sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

cuando los recursos de los que dispone –él, o su núcleo familiar– carecen de la entidad suficiente para mitigar el daño ocasionado por la ausencia del elemento pretendido, tenga o no carácter medicinal.

Además, acerca de la protección de derechos fundamentales como la vida digna, que ampliamente se relaciona con la necesidad del insumo en comento, esta corporación ha sido enfática en resaltar que *“el cumplimiento de ciertas prestaciones que no han sido prescritas por los médicos tratantes adscritos a las EPS, al considerar que los padecimientos son hechos notorios que vuelven indigna la existencia de una persona, puesto que no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece, y, por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente”*⁴¹.

En ese orden de ideas, al acatamiento de los trámites administrativos y al margen de posibilidades que brinda la normativa vigente para que los usuarios obtengan ciertos servicios, se levanta una excepción, que por razones constitucionales las desplaza, habida cuenta de que ninguna de esas directrices puede perpetuar la vulneración de derechos fundamentales, cuando luzcan como una barrera para su goce efectivo.

Luego, si un paciente en condiciones de debilidad manifiesta, por ejemplo, por sus extremas condiciones de pobreza, o limitada en sus funciones psicomotoras, o disminuida física o mentalmente en razón de su avanzada edad– o de cualquier otro factor–, o carente de apoyo familiar y en estado de postración, demanda la entrega de un medicamento para acceder a una adecuada calidad de vida, o para evitar un perjuicio irremediable, el juez de tutela está en la obligación de procurar los medios, materiales y legales, para suministrárselos, sea mediante una orden perentoria o impartiendo a las entidades responsables de tal servicio los lineamientos debidos.

8.9. CASO CONCRETO. En el presente caso la señora DORALINA MARTÍNEZ MERCADO, requiere el amparo de sus derechos fundamentales a la salud, seguridad social, vida y a la dignidad humana, los cuales están siendo presuntamente vulnerados por la NUEVA E.P.S S.A., al no suministrar en forma oportuna el los medicamentos para la enfermedad que le aquejan.

La entidad accionada en su contestación⁴² e impugnación⁴³, alegó que no existe vulneración a los derechos fundamentales invocados por la accionante, por cuanto, no

⁴¹ Sentencia T-073 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴² Fl. 14-15 del C. Ppal

⁴³ Fl. 28-31 del C. Ppal

se evidencia radicación de los medicamentos solicitados; por tal motivo, se solicita asista a consulta médica con su médico tratante con la finalidad de que evalúe su estado de salud y emita una prescripción actualizada y procesa a ingresar la respectiva solicitud a través de MIPRES.

El juez de primera instancia resolvió tutelar el derecho a la salud, y a la vida digna de la accionante, considerando que es procedente imponer a la entidad, le suministre los medicamentos ordenados por el médico tratante, siendo la salud elevada a derecho fundamental, entendido como la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad, el diagnóstico, el tratamiento, la recuperación, la rehabilitación y los cuidados paliativos, debiendo ser garantizada bajo la supervisión del Estado para todas las personas sin ninguna discriminación, razón por la cual, no pueden negarle la atención a una persona, imponerle demoras y trabas o esgrimir razones económicas para no prestarle servicios propios del nuevo derecho fundamental a la salud, concluyendo, en torno a la capacidad económica, con base en las reglas probatorias establecidas por la Corte Constitucional expuestas en la sentencia T 683 de 2003, estima que en el presente asunto aplicando la presunción de buena fe en relación a la ausencia de medios económicos expuesta en los hechos de la acción de tutela por la accionante, a la entidad demandada le correspondía demostrar lo contrario, carga que no cumplió la EPS accionada, razón por la cual, se considera que existe insuficiencia económica de la demandante para asumir directamente el pago de los medicamentos que por esta vía constitucional se ordenan.

Dentro del acervo probatorio allegado al expediente, se vislumbran las siguientes piezas documentales aportadas por la accionante:

- Copia de la formula médica de la clínica oftalmológica de Sucre S.A.S., con el código No.COS-FOR-RS-40 de fecha 26 octubre 2019 (fl. 05 de C. Ppal)
- Copia de la cédula de ciudadanía de DORALINA MARTÍNEZ MERCADO, con número de identificación No. 22.393.107 (fl. 06 de C. Ppal)

Mediante oficio allegado a este Tribunal el 16 de diciembre de la anualidad en curso, la Clínica Oftalmológica de Sucre, respondiendo a la solicitud realizada por el Despacho, y anexo la historia clínica de la accionante.⁴⁴

⁴⁴ Fls. 10 al 24 C. de Alzada.

- Historia clínica de la señora DORALINA MARTÍNEZ MERCADO, por la clínica Oftalmológica de Sucre (fl. 11 al 24 C. de Alzada)

De las pruebas citadas en precedencia, se evidencia que se trata de una mujer de 76 años de edad, según la copia de la cedula de ciudadanía⁴⁵, que fue atendida en la clínica Oftalmológica de Sucre y que aquella entidad se encuentra dentro de la red de prestadores de servicio de la NUEVA E.P.S. (Fl 10 C de segunda instancia) y en la historia clínica aportada por dicha entidad⁴⁶, se establece que padece problemas visuales: GLAUCOMA CRONICO AVANZADO desde el 18 de marzo de 2015⁴⁷, hechos que no fueron controvertidos.

En la historia clínica de la Clínica Oftalmológica de Sucre, con fecha de atención 08 de febrero de 2018, se señala:

“Descripción:

PACIENTE ASISTE A CONSULTA DE GLAUCOMA POR DIAGNOSTICO DESDE HACE 3 ANOS. ANTC FAMILIAR GLAUCOMA NIEGA. ANTC PERSONAL NIEGA. USA KRYTANTEK Y LATANOPROST. BIO= 'OD= PTERIGION DOBLE NASAL Y TEMPORAL GRADO II CONGESTIVOS CA FORMADA, CATARATA C3N4 01= PTERIGION DOBLE, CATARATA C3N4, P10= AO= 22/22 MMHG EXC= EXC 0.99 PERDIDA DIFUA DEL ANILLO, VASOS RECHAZADO 5, LC VISIBLE. PLAN: 1-DORZOLAMIDA 2% + TIMOLOL 0.5% + BRIMONIDINA 0.2%) GOTAS # 3 FRASCOS: APLICAR 1 GOTA AO C/12 HORAS X 3 MESES 2-LATANOPROST 0.005%: GOTAS # 3 FRASCOS: APLICAR 1 GOTA AO CADA NOCHE X 3 MESES 3-PACIENTE CON PRESIONES INTRAOCULARES ELEVADAS A PESAR DE TERAPIA MAXIMA, SE CONSIDERA PRESENTA NERVIOS OPTICOS SEVERAMENTE AFECTADOS Y POR TANTO PARA EVITAR CECUERA Y CONTROLAR PRESION SE SOLICITA FACO + LIO + TRABECULECTOMIA OI + IRIDECTOMIA SUPERIOR + MITOMICINA C. EXÁMENES PREQUIRURGICOS, BIOMETRIA ECOGRAFIA Y RECUENTO ENDOTELIAL. SE EXPLICA AL PACIENTE Y FAMILIAR POBRE PRONOSTICO VISUAL EN

⁴⁵ Fl. 6 del C. Ppal

⁴⁶ Fls. 11 al 24 C. de Alzada.

⁴⁷ Ver copia de la historia clínica Fl. 11 al 24 C. de Alzada

AMBOS OJOS". (Negrilla fuera de texto)⁴⁸

Ahora bien, conforme a la formula medica de la Clínica Oftalmológica de Sucre S.A.S., el oftalmólogo Sergio Vélez Osorio, le ordena OPTHASONA gotas y LAGRIMAX gotas, el día 26 de octubre de 2019⁴⁹.

Frente a la solicitud de entrega de los medicamentos formulados a la accionante, la Nueva E.P.S., manifestó "(...) *referente a la solicitud de medicamentos, que no existe radicación alguna por lo cual la usuaria debe asistir a consulta médica con su médico tratante, con la finalidad de que evalúe su estado de salud y emita una prescripción actualizada y proceda a ingresar la respectiva solicitud a través de MIPRES*"⁵⁰, respuesta que para esta Sala, representa una barrera y obstáculo en la prestación eficiente y oportuna del servicio de salud, máxime si se tiene en cuenta que la orden fue suscrita por el médico tratante quien hace parte de la red prestadora de servicios de la entidad, así como ella lo certificó en oficio allegado a este Tribunal.⁵¹

Ahora bien, sobre el perjuicio irremediable en pacientes de tercera edad, la Corte Constitucional, en Sentencia **T-1316 de 2001**, señaló que:

"(...) tratándose de sujetos de especial protección, el concepto de perjuicio irremediable debe ser interpretado en forma mucho más amplia y desde una doble perspectiva. De un lado, es preciso tomar en consideración las características globales del grupo, es decir, los elementos que los convierten en titulares de esa garantía privilegiada. Pero además, es necesario atender las particularidades de la persona individualmente considerada, esto es, en el caso concreto. Consecuencialmente, para determinar la procedencia del amparo, cuando se trata de sujetos de especial protección, el juez deberá analizar cada uno de estos aspectos."

De igual manera, en lo referido a que el accionante sea un sujeto de especial protección, la Corte ha estimado que en virtud de la necesidad de garantizar el amparo constitucional reforzado de que gozan dichos sujetos, y con el objeto de admitir la viabilidad y prosperidad de la acción, *"el juez de tutela debe considerar con particular atención las circunstancias de debilidad manifiesta e indefensión en las que se encuentra el titular de los derechos invocados"*⁵²

"Ahora bien, conforme a la Constitución y la jurisprudencia de esta Corporación los adultos mayores hacen parte de la categoría de sujetos especialmente protegidos por el ordenamiento jurídico. Lo anterior, en razón a su edad y las debilidades que el avance de esta última genera en

⁴⁸ Fl. 14 del C. de Alzada

⁴⁹ Fl. 5 del C. Ppal.

⁵⁰ Fl. 14 al 15 C. Ppal.

⁵¹ Fl. 10 del C. de Alzada

⁵² Corte Constitucional, Sentencia T-282 de 2008.

la realización de ciertas funciones y actividades. Estas características pueden motivar situaciones de exclusión social que repercuten negativamente en el acceso a oportunidades de orden económico, social y cultural, lo que justifica una diferenciación positiva para suprimir las barreras que se opongan a la igualdad material y enfrentar las causas que la generan. La supresión de dichas barreras no se limita al derecho sustancial, sino que también se aprecia en los mecanismos del derecho procesal que deben ser abiertos y buscar la protección de los derechos de los adultos mayores”.⁵³

Conforme a lo anterior, este Tribunal advierte que, si bien la Nueva EPS ha venido tratando a la paciente desde el año 2015, tal como consta en la historia clínica suministrada por la Clínica Oftalmológica de Sucre, atendida por **GLAUCOMA CRÓNICA AVANZADA** el día 18 de marzo del 2015⁵⁴, también es cierto que actualmente padece de la enfermedad mencionada, la entidad conoce el historial de la accionante, y a pesar de ello, se niega a suministrar las gotas, recetadas por el médico tratante, para aliviar la patología, las cuales se hacen necesarias para recobrar su estado de salud.

En suma a lo anterior, la Corte Constitucional frente al suministro oportuno de los medicamentos, ha señalado que, *“el suministro de medicamentos constituye una de las principales obligaciones que deben cumplir las entidades promotoras del servicio de salud. De ahí que, a juicio de esta Corporación, dicha obligación deba satisfacerse de manera oportuna y eficiente, de suerte que cuando una EPS no se allana a su cumplimiento, se presenta una vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del paciente, **por cuanto la dilación injustificada en su entrega, generalmente se traduce en que el tratamiento que le fue ordenado se suspende o no se inicia de manera oportuna. Esta situación, en criterio de la Corte, puede conllevar a una afectación irreparable de su condición y a un retroceso en su proceso de recuperación o control de la enfermedad**”⁵⁵.*

Así las cosas, se destaca que tal responsabilidad está a cargo de las prestadoras de salud, pero ante el incumplimiento de su deber constitucional y legal es el juez de tutela el llamado a precaver dicha situación y exaltar la supremacía de las garantías constitucionales que se puedan conculcar.

La Sala observa que, en la página web del Ministerio de Salud (<https://www.minsalud.gov.co/salud/POS/Paginas/plan-obligatorio-de-salud-pos.aspx>) y en

⁵³ Corte Constitucional, Sentencia T-252 del 2017.

⁵⁴ Ver copia de la historia clínica Fl. 11 C. de Alzada

⁵⁵ Sentencia T-433 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

la página del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones⁵⁶, en el enlace de **DATOS ABIERTO DEL GOBIERNO** en el listado de los medicamentos que están dentro del Plan de Beneficios en Salud, se encuentran uno de los requeridos por la accionante, a saber OPHOTHASONA cuyo componente activo es Dexametasona (Acetato y fosfato) el cual está incluido en la Resolución 3512 de 2019_Anexo 1: "Listado de medicamentos financiados con recursos de la UPC" bajo Código ATC: H02AB02, ítems 118 y 119; en relación con las gotas LAGRIMAX cuyo componente activo es carboximetilcelulosa sódica, aquel no se encontró incluido en dicho listado; es decir, que este último es un medicamento NO PBS; sin embargo; esa situación en este caso no se configura como una excusa válida para que no le sea suministrado a la paciente, al respecto, la corte se ha pronunciado manifestando que, *"le corresponde al juez de tutela ponderar con base en dichos requisitos si hay lugar a disponer el suministro de los medicamentos, procedimientos, elementos o servicios médicos NO POS"*⁵⁷.

Ahora bien, ante este tipo de situaciones la Corte Constitucional⁵⁸ ha considerado que *"la interrupción o negación de la prestación del servicio de salud por parte de una EPS como consecuencia de trámites administrativos injustificados, desproporcionados e impertinentes, no puede trasladarse a los pacientes o usuarios, pues dicha circunstancia desconoce sus derechos, bajo el entendido de que puede poner en riesgo su condición física, psicológica e incluso podría afectar su vida"*.

Así las cosas, este Tribunal concluye que, la Nueva E.P.S desconoció las obligaciones en la entrega de medicamentos, vulnerando el derecho a la salud de la señora DORALINA MARTÍNEZ MERCADO, sin que exista justificación alguna, en consecuencia, deberá la Nueva EPS garantizar a la accionante la prestación oportuna y eficiente del servicio de salud, ya que requiere de manera urgente los medicamentos ordenados para su padecimiento, es decir glaucoma; enfermedad que de no ser tratada de manera oportuna puede causar ceguera (<https://www.glaucoma.org/es/que-es-el-glaucoma.php>), por lo que esta colegiatura considera imperioso ordenar la atención eficiente, integral y oportuna de la paciente, tal como lo indico la H Corte Constitucional, al analizar un caso con presupuestos similares en el que se indicó⁵⁹:

1. El señor Luis Alfredo Aguirre Ríos afirmó que Cafesalud EPS-S le estaba suministrando los medicamentos gotas oftalmológicas Dorsolamida al 2% y Timolol al 0.5. %, pero que suspendió la entrega de los mismos en

⁵⁶ <https://www.datos.gov.co/Salud-y-Proteccion-Social/Medicamentos-del-POS/e8rk-p7dn/data>

⁵⁷ Sentencia T-171 del 2016.

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-322 del 2018

⁵⁹ Corte Constitucional Sentencia T-861 del 2011 Referencia: expediente T-3135472 Magistrada Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

febrero de este año, sin que a juicio del actor, mediaran razones suficientes para ello. La entidad, por su parte, señaló que los servicios fueron suspendidos por no estar incluidos en el POS-S. Esta cuestión ya ha sido resuelta por esta Corporación, dando respuesta al siguiente problema jurídico: ¿vulnera una entidad encargada de prestar servicios de salud, el derecho fundamental a la salud de un usuario cuando interrumpe abruptamente un servicio que le venía prestando, sin que medien razones médicas o científicas para ello, y sin que el servicio haya sido efectivamente asumido por otro prestador? La respuesta a este interrogante es afirmativa. Al respecto, la Sala reitera que una EPS o EPS-S irrespete el derecho a la salud, cuando suspende un servicio de salud que se requiere, sin que medien razones médicas o científicas para ello, y sin que el mismo sea asumido por otros prestador.^[4] En el caso concreto, contrario a lo exigido en la regla señalada, Cafesalud EPS suspendió los medicamentos Dorsolamida al 2% y Timolol al 0.5. %, sin justificar la suspensión en razones médicas o científicas, como por ejemplo, en la falta de necesidad de los medicamentos para el tratamiento del glaucoma; tan sólo adujo que los medicamentos no se encontraban incluidos en el POS-S, afirmación que resulta insuficiente cuando se trata de acceso a los servicios de salud que se requieren con necesidad, como se verá a continuación, estén o no incluidos en el plan de beneficios.

2. En concordancia con lo anterior, la Sala también reitera que una entidad de salud vulnera el derecho a la salud si se niega a autorizar un servicio no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, cuando el servicio se requiera con necesidad.^[4] Aplicando la regla anterior al caso concreto, la Sala encuentra (i) que el señor Luis Alfredo Aguirre sufre de glaucoma, y para tratar esta enfermedad, el 9 de febrero del presente año, le fueron ordenados los medicamentos gotas oftalmológicas Dorsolamida al 2% y Timolol al 0.5. %, de uso permanente, 1 frasco mensual, y con control cada 4 meses;^[5] (ii) los servicios señalados fueron ordenados el oftalmólogo Diego Fernando Talero, adscrito a la Cooperativa de Servicios Oftalmológicos del Tolima; (iii) el peticionario afirmó que carecía de los medios económicos para sufragar los servicios ordenados. Sobre el particular, la Sala advierte que se trata de una persona afiliada al Régimen Subsidiado en Salud,^[6] y que por aplicación del artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, se presumen ciertos los hechos alegados por el actor, a propósito de su falta de capacidad económica, dado que Cafesalud EPS-S guardó silencio; y (iv) si bien la carencia de suministro de los medicamentos no pone en riesgo la vida del accionante, debe considerarse que esta situación si afecta su integridad. El señor Luis Alfredo requiere atención en salud prioritaria, pues la falta atención médica y la vulnerabilidad propia de su edad, le pueden causar un perjuicio mayor a su salud; además, la falta de suministro de los medicamentos ordenados por el médico tratante le causa al actor dolores, rasquiña y lagrimeo en sus ojos, e incide en la disminución de su capacidad visual.^[7] De hecho, en el expediente reposa un dictamen de medicina legal en el cual se afirma: “por los hallazgos al examen físico y lo referido por la historia clínica el paciente tiene 1. Glaucoma la cual es patología irreversible, de curso progresivo la cual requiere tratamiento continuo, si no se recibe el tratamiento adecuado avanza hasta la pérdida de la visión (...)”.^[8] Y como lo ha sostenido esta Corporación en múltiples pronunciamientos, el derecho a la salud no sólo se protege en aquellas ocasiones en las cuales la falta de un servicio amenaza la vida del solicitante, sino también, cuando amenaza su integridad física o síquica.^[9]

3. Así, la Sala Primera de Revisión concluye que la entidad accionada vulneró el derecho fundamental a la salud del señor Luis Alfredo Aguirre Ríos, por no continuar con el suministro de los servicios solicitados, al (i) desconocer la orden del médico tratante quien es el profesional idóneo para determinar los medicamentos o procedimientos que requiere el accionante, así como la cantidad, la calidad y periodicidad de los mismos, y (ii) suspendió sin justificación médica los medicamentos que el señor Luis

Alfredo Aguirre Ríos requería con necesidad, aduciendo que no estaban incluidos en el POS-S, sin considerar que esta razón, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación, se constituye en una barrera de acceso a los servicios de salud. Por lo tanto, con miras a ampara el derecho a la salud del accionante, (i) se revocará el fallo objeto de revisión, (ii) y se ordenará a la Cafesalud EPS-S que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, reinicie el suministro de los servicios requeridos por el acto; finalmente (iii) se advertirá a la entidad que no podrá suspender al señor Luis Alfredo Aguirre Ríos la entrega de los medicamentos Dorsolamida al 2% y Timolol al 0.5. %, por el tiempo que los necesite, según prescripción de su médico tratante, u otros servicios de salud que en el futuro también requiera.

En igual sentido, en relación con la orden de suministro de medicamentos que están excluidos del Plan Básico de Salud, **cuando el paciente padece de glaucoma** la Corte Constitucional señaló⁶⁰:

6.1. Presupuestos para el suministro de medicamento no contemplado en el POS.

Para el caso, está acreditado que la falta de suministro del medicamento formulado al actor afecta su derecho a la salud, a la integridad personal y al goce de una vida digna por hallarse próximo a la ceguera, debido a la alta presión que padece en ambos ojos con la consecuente y grave lesión del nervio óptico.

También aparece demostrado que el medicamento requerido por el actor para el tratamiento de la enfermedad de glaucoma avanzado que padece en los dos ojos, es la gota oftálmica 'travatan', con la cual se busca controlar la presión intraocular. Debe resaltarse que el médico tratante, quien pertenece a la entidad accionada a la cual se halla afiliado el paciente, no contempló la posibilidad de sustitución del medicamento formulado por otro del no menor nivel de efectividad incluido en el POS, de donde se infiere su necesidad^[12].

En cuanto a la incapacidad económica del accionante, esta Corporación^[13] ha indicado que "en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad", correspondiendo a la entidad demandada demostrar lo contrario^[14]. En la medida que las EPS o ARS poseen información sobre la situación socioeconómica de sus afiliados, se hallan en capacidad de controvertir las afirmaciones formuladas por los accionantes referentes a su estado económico^[15], por lo cual su inactividad probatoria otorga validez a las afirmaciones del accionante.

Conforme a lo expuesto, es evidente que en el presente caso, se cumplen plenamente los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Corporación para proteger los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social del Señor Zambrano Moreno.

6.2. Conclusión

Lo anterior conduce a que esta Sala de revisión proceda a revocar las

⁶⁰ Corte Constitucional Sentencia T-159 de 2008, Referencia: expediente T-1.686.854, Magistrado Ponente: Dr. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

providencias adoptadas que en su momento no ampararon los derechos fundamentales de la tutelante. Por lo tanto, se dará la orden al ISS - Seccional Santander-, para que autorice el suministro del medicamento mencionado, que requiere para la recuperación de su salud y que se encuentren excluido del POS, siempre y cuando este sea ordenado por el médico tratante adscrito a la misma.

Con base en lo anterior, la Sala concluye que en el presente caso, es procedente el amparo de tutela, toda vez que las condiciones de la accionante (Tercera edad, incapacidad económica y enfermedad diagnosticada por su médico tratante en una entidad adscrita a la red de prestadores de la NUEVA EPS), hacen necesaria la orden del juez constitucional con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales vulnerados por la E.P.S. al negarse a entregar los medicamentos necesarios para tratar su padecimiento, sin justificación constitucional alguna.

Del recobro. Finalmente, en lo que respecta a la petición “secundaria” del escrito de impugnación, en el sentido que se modifique la decisión de primer grado, para en su lugar, se autorice el recobro de los recursos destinados por la Nueva E.P.S., para dar cumplimiento a las órdenes de tutela que se le dieran en este asunto, es necesario advertir que esta Colegiatura ya ha trazado una postura respecto al tema de los recobros que se realizan por parte de la entidad promotora de salud ante los entes territoriales, derecho a repetir contra La Administradora de los Recursos Del Sistema General de Salud (ADRES), según sea el caso, cuando para garantizar las condiciones de salud de sus usuarios se requiera hacer uso de medicamentos, insumos, tratamientos y otros, que se encuentren excluidos del plan de beneficios en salud -PBS-.

Como bien se ha puesto en conocimiento de la recurrente en múltiples oportunidades, según la postura asumida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁶¹, que además ha sido acogida en los pronunciamientos de esta Colegiatura; se ha dejado sentado que el tema del recobro no es una situación que deba debatirse en el campo de la acción de amparo, toda vez que esas entidades cuentan con los mecanismos y procedimientos idóneos para acceder al recobro de los dineros de manera directa y sin necesidad de una orden judicial que así lo declare, para lo cual es suficiente con demostrar la prestación de un servicio de salud que escapa de los que legalmente se encuentran obligadas a asumir; de conformidad con la Ley 1122 de 2007 y Resoluciones

⁶¹ **Sentencia T-727 de 2001:** “De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta lo expresado por esta Corporación en la sentencia T-760 de 2008, no le es dable al Fosyga negar el recobro que las EPS presenten, en los eventos en que estas tengan que asumir procedimientos, tratamientos, medicamentos que no se encuentran dentro del POS, por el simple hecho de no estar reconocido de manera expresa en la parte resolutive del correspondiente fallo de tutela, es decir, basta, para que proceda dicho recobro, con que se constate que la EPS no se encuentra en la obligación legal ni reglamentaria de asumir su costo o valor, de acuerdo con lo que el plan de beneficios de que se trate establezca para el efecto”

2933 de 2006, 3099 de 2008, 1479 de 2015 y Resolución 1885 de 2018, las cuales definen los criterios y condiciones que deben presentarse para poder ejercer a cabalidad dicha figura.

CONCLUSIÓN: En consecuencia, el Tribunal **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia emitida el día 26 de noviembre de 2019, por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 26 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo motivado.

SEGUNDO: ORDENAR a la Nueva E.P.S S.A., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, le haga entrega a la señora DORALINA MARTÍNEZ MERCADO de los medicamentos **OPHTHASONA GOTAS** y **LAGRIMAX GOTAS**, de conformidad con la orden del médico tratante.

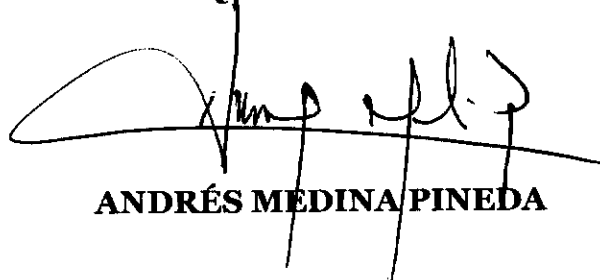
TERCERO: Notifíquese por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y envíese copia de la presente decisión al Juzgado de origen.

CUARTO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, REMÍTASE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con el 32 del Decreto 2591 de 1991.

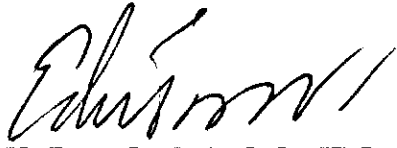
El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión extraordinaria de la fecha, según consta en Acta N° 003/2020

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ANDRÉS MEDINA PINEDA

Continúan las firmas



EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE



RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

