



Cartagena de Indias D.T. y C., diecisiete (17) de enero de dos mil veinte (2020).

Acción	IMPUGNACIÓN DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-009-2019-00239-01
Accionante	LIZETH HERNÁNDEZ CARMONA
Accionado	NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. – NUEVA EPS
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>Negativa de acceder al recobro de tecnologías en salud ante la ADRES por cuanto la entidad accionada cuenta con mecanismos idóneos para ello.</i>

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver sobre la impugnación presentada por la entidad accionada, Nueva Empresa Promotora de Salud S.A., contra la sentencia del 21 de noviembre de 2019¹ proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió acceder a las pretensiones de la acción de tutela.

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones².

En ejercicio de la acción de tutela, la accionante elevó las siguientes pretensiones:

“De manera respetuosa solicito:

- 1. Dictar sentencia en donde como juez de tutela ampare, los derechos constitucionales fundamentales a la vida, la salud, la vida en condiciones dignas, a la seguridad social, y cualquier otro que resulte probado, por venir siendo vulnerados por la negativa del accionado en la autorización del tratamiento de Terapias con ondas de choque -10 sesiones.*
- 2. Como consecuencia de la protección decretada en el numeral anterior se ordenará de manera inmediata expida autorizaciones para que se practiquen las diez sesiones de terapia de choque ante el prestador que preste este servicio y así mejorar la calidad de vida del accionante. ”*

¹ Fols. 59 – 64 Cdno 1

² Fols. 2 Cdno 1.



13-001-33-33-009-2019-00239-01

2.2. Hechos³.

La parte accionante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

La señora Lizeth Hernández Carmona desde hace un año le fue diagnosticado por el médico tratante Tendinitis Aquiliana y se le ordenó tratamientos con ondas de choque, y de igual forma se le dio incapacidad laboral que sigue vigente hasta hoy día.

Seguidamente, inició los trámites administrativos correspondientes ante la Nueva EPS para la autorización de dichos tratamientos, entidad a la cual se encuentra afiliada. Luego de esperar un lapso de tiempo razonable, llegó a las instalaciones de la EPS para solicitar la autorización de las terapias de choque y recibió una negativa por parte de la entidad, justificando su decisión en que las ordenes eran extemporáneas.

Ante esa negativa por extemporaneidad, la señora Lizeth Hernández Carmona procedió a renovar esas ordenes ante su médico tratante, y una vez las radicó nuevamente, es informada que es ella quien debía buscar el prestador que le realizara las terapias ordenadas y así lo hizo presentando un consultorio donde podría realizarse estos procedimientos. Al pasar el tiempo y ver que no era autorizado su tratamiento, decidió acudir ante médicos particulares para aliviar su dolor temporalmente.

Adiciona la accionante, que luego de un año de radicar las respectivas ordenes, la Nueva EPS sede barrio Manga le comunica que esos documentos deben ser radicados en las oficinas que se encuentran ubicadas en la Avenida Pedro de Heredia, debiendo iniciar nuevamente el proceso para su autorización.

2.3. CONTESTACIÓN.

2.3.1. Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. – NUEVA EPS⁴.

La entidad accionada, señala que la accionante, se encuentra vinculada a través del régimen contributivo siendo su estado de afiliación activo, por lo

³ Fols. 1 – 3 Cdno 1

⁴ Fols. 46 – 56 Cdno 1.





13-001-33-33-009-2019-00239-01

que se le están garantizando los servicios en salud a través de las IPS adscritas a su red de prestadoras.

Respecto de los hechos que dan inicio a la presente acción, expresa que se encuentra en revisión del caso, para determinar las posibles demoras en el trámite del mismo, añadiendo que los trámites administrativos mientras se resuelven no deben ser tenidos en cuenta como prueba o indicio alguno de que la entidad este negando estos servicios.

Por otro lado, manifiesta que al momento de dictar fallo de tutela se debe tener en cuenta el principio de prevalencia del derecho sustancial que se encuentra establecido en el artículo 3 del Decreto 2591 de 1991 debido a que las actuaciones de la Nueva EPS siempre cumplen con lo establecido en la Ley.

Añade que, los servicios que deben ser cubiertos por las entidades promotoras de salud deben estar en el Plan Obligatorio de Salud, previo al cumplimiento de unos requisitos, los cuales se encuentran en Resolución 5261 de 1994 y que lo solicitado por la accionante está excluido de dicho plan de beneficios de salud, por lo que no pueden actuar de manera arbitraria, pues deben cumplir con la normatividad especial que regula el tema.

Además, expone que la accionante no aporta prescripción médica sobre el tratamiento, siendo esto un requisito de la Ley 1751 de 2015 para el correcto diligenciamiento del formulario del MIPRES y su posterior autorización por el Ministerio de Salud.

Frente al tratamiento integral, manifestó que no se puede ordenar estos a ningún tipo de pacientes sin previa autorización del médico tratante conforme a los requerimientos del mismo en virtud de que no hay certeza del comportamiento y desarrollo de la patología, así mismo expone que las Empresas Promotoras de Salud prestan su servicio bajo la delegación del Estado, quien ejerce su total dirección, coordinación y control, por lo que no están facultados para realizar u otorgar procedimientos fuera de lo reglamentado.

Fundamenta su posición en extractos de las sentencias T-502 de 2006, T-279 de 1997, T-647 de 2013 y T-506 de 2008 de la Corte Constitucional concluyendo que el Juez de tutela no puede dar órdenes con base en supuestas negativas u omisiones, pues solo le es dado si existen en la realidad las acciones u



13-001-33-33-009-2019-00239-01

omisiones que constituye la violación de algún derecho, y que en cuanto a la materialización del principio de integralidad, en el caso concreto, se le han prestado todos los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

Por otro lado, respecto de la sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social aduce que no se le puede imponer cargas a las entidades de salud que no están en el deber jurídico de soportar, porque los recursos de este sistema y del Estado son limitados y de hacerlo los llevaría a la quiebra. Apoyada la anterior postura en las sentencias T-017 de 2013 y T-399 de 2013.

En cuanto a los recobros de los tratamientos y medicamentos que se amparan mediante tutela deben hacerse lo antes posible teniendo en cuenta el principio de celeridad de este trámite y preservando el equilibrio financiero del sistema.

Así las cosas, solicita no acceder a las pretensiones del accionante declarando la improcedencia de la acción de tutela por cuanto no se ha vulnerado ningún derecho fundamental y en caso de que prosperen las pretensiones se ordene el recobro de la prestación solicitada.

III. FALLO IMPUGNADO⁵

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 21 de noviembre de dos mil diecinueve (2019), resolvió:

"PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales a la salud y seguridad social de la señora LIZETH HERNÁNDEZ CARMONA, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como medida de protección, ORDENAR A NUEVA EPS, que como entidad promotora de salud a la cual se encuentra afiliada la accionante, dentro del término de dos (2) días contados a partir de la notificación del presente fallo, AUTORICE la práctica de diez (10) sesiones de terapias con ondas de choques, a la señora Lizeth Hernández, identificada con CC No. 45.516.940 tal y como lo ordenó su médico tratante."

El juez de primera instancia, realizó el estudio del derecho a la salud como derecho autónomo y a la seguridad social.

En el caso en concreto, de acuerdo a lo observado en el expediente el juzgador recalcó que el servicio a la salud y su acceso a este debe ser sin

⁵ Fols. 59 – 64 Cdno 1.



13-001-33-33-009-2019-00239-01

demoras y cargas administrativas que no le corresponde asumir a los usuarios, ya que la accionante de acuerdo a las prescripciones médicas aportadas por ella se encuentra desde octubre del año 2018 sin el respectivo tratamiento ordenado por su médico tratante.

Por tanto, concluye que se encuentran violados los derechos fundamentales a la salud y seguridad social de la accionante, por lo que ordena a la Nueva EPS autorizar la práctica de las terapias con ondas de choque requeridas para el tratamiento de su condición.

IV. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN⁶

En su escrito de impugnación, la Nueva EPS indica que aunque el a quo decidió tutelar los derechos fundamentales de la accionante la parte resolutive del fallo no concedió a la accionada el respectivo recobro al ADRES del total de lo ordenado en la tutela, para así salvaguardar el equilibrio actuarial y económico del sistema de seguridad social en salud.

En consecuencia, solicita adicionar al fallo de tutela proferido por el Juzgado Noveno Administrativo de Cartagena de fecha 21 de noviembre de 2019 el ordenar el recobro al ADRES del total de los medicamentos, servicios e insumos concedidos a la accionante ya que el tratamiento no se encuentra en el Plan Básico de Salud.

V. RECuento PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Por auto de fecha 29 de noviembre de 2019⁷, el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, concedió la impugnación, interpuesta por la Nueva EPS, por lo que fue asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado el día 2 de diciembre de 2019⁸, siendo finalmente admitido por esta Magistratura el día de 3 de diciembre de 2019⁹.

⁶ Fols. 67 – 68 Cdno 1.

⁷Fol. 70 Cdno 1.

⁸ Fol. 3 Cdno 2,

⁹ Fol. 5 Cdno 2.





13-001-33-33-009-2019-00239-01

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Control de legalidad.

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales no existen vicios procesales que acarren nulidad del proceso o impidan proferir decisión, por ello, se procede a resolver la alzada.

6.2. 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.

6.3. Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que se debe determinar así:

¿Es dable conceder la solicitud de la entidad accionada de adicionar al fallo de primera instancia, el ordenar el recobro de medicamentos y tratamientos no previstos en el plan básico de salud frente al ADRES concedidos a la accionante?

6.4. Tesis de la Sala

La Sala CONFIRMARÁ el fallo de tutela del 21 de noviembre de 2019, proferido por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, denegando lo solicitado por la parte accionada, ya que el procedimiento de recobro de tecnologías en salud ante la ADRES está regulado por la Resolución 1885 de 2018, teniendo así su propio procedimiento administrativo, por lo que no sería la acción de tutela el mecanismo idóneo para acceder a este tipo de solicitudes.

6.5. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Para abordar los problemas planteados, se hará énfasis en los siguientes aspectos: i) Generalidades de la acción de tutela; ii) Recobro por tecnologías en salud no previstas en el Plan de Beneficios en salud; iii) Caso concreto



6.5.1. Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

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

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

6.5.2. Recobro por tecnologías en salud no previstas en el Plan de Beneficios en salud - PBS.

El Ministerio de Salud y Protección Social mediante la Resolución 3512 de 2019 y Resolución 244 de 2019 estructuró el Nuevo Plan de Beneficios en Salud, precisando los servicios y tecnologías en salud incluidos y excluidos dentro del mismo, en este aspecto, la Corte Constitucional ha dicho que:



13-001-33-33-009-2019-00239-01

"El derecho a la salud es una prerrogativa compleja, cuyo cumplimiento suele estar sujeto a restricciones presupuestales, y a una serie de actuaciones y exigencias institucionales que tienen que ver con la diversidad de obligaciones a las que da lugar, y a la magnitud y multiplicidad de acciones y omisiones que exige del Estado y de la sociedad.¹⁰"

De lo anterior, se desprende que, en un principio, las EPS puedan denegar la prestación de tecnologías en salud no cubiertas en el PBS, no obstante, la jurisprudencia ha establecido que esta norma restrictiva no puede vulnerar el derecho a la salud de las personas cuando no se autoriza un servicio que se requiera con necesidad, es decir, que se necesite para salvaguardar la vida de un paciente, únicamente alegando que este no se encuentra cubierto por el Plan de Beneficios en Salud.

Por otro lado, respecto al recobro de las tecnologías en salud que se encuentran excluidos del PBS, esta Corporación en la sentencia No. 130013333006201924001 del doce de diciembre de 2019 expresó lo siguiente:

"...de acuerdo con la Resolución 2438 del 12 de junio de 2018, el reporte de la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas en el Plan de Beneficios en Salud se encuentra a cargo del profesional de la salud a través de la herramienta tecnológica Mi Prescripción "MIPRES", que es el aplicativo dispuesto por el Ministerio de Salud y Protección Social, la cual eliminó la autorización de estos servicios y tecnologías ante los Comités Técnico Científicos de las EPS.

Así mismo, aclara la Sentencia T- 336 de 2018; "no es procedente que las IPS o EPS soliciten verificaciones al Ministerio de Salud y Protección Social, pues esa entidad no prescribe, autoriza o entrega dichos servicios o tecnologías", debido a que el procedimiento consiste en evitar que se trasladen a los usuarios las demoras en el suministro de estos insumos, pues primero se ordena la entrega del insumo a través del aplicativo virtual creado para tal efecto ("MIPRES"), y con posterioridad, se realiza el recobro a que haya lugar. Es decir, cuando tales servicios se autorizan dentro del régimen contributivo le corresponderá su pago a la ADRES, de acuerdo con la Ley 100 de 1993 (arts. 202 y sig.) y tratándose el régimen subsidiado, estarán a cargo de las entidades territoriales atribuibles a "las direcciones locales, Distritales y Departamentales de salud" y a "los fondos seccionales, distritales y locales de salud" tal como lo prevé la Leyes 100 de 1993 (arts. 215 y sig.) y la ley 715 de 2001 al tratarse de servicios médicos no cubiertos con los subsidios a la demanda."

Teniendo en cuenta lo manifestado anteriormente, el trámite para el recobro de los tratamientos y medicamentos que estén excluidos del Plan de Beneficios en Salud debe iniciarse ante entidades administrativas distintas dependiendo a que régimen en salud se encuentre el paciente, adicional a

¹⁰ Sentencia T-017 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Villa





13-001-33-33-009-2019-00239-01

ello se tiene que la Resolución 1885 de 2018 es la que regula este proceso para el régimen contributivo.

VII. CASO CONCRETO

En el asunto bajo estudio, la entidad accionada, en el escrito de impugnación, solicita que se adicione al fallo de tutela del 21 de noviembre de 2019 el respectivo recobro al ADRES por los tratamientos otorgados a la señora LIZETH HERNÁNDEZ CARMONA debido a que estos esboza no se encuentran en el PBS.

7.1. Hechos Relevantes Probados

- Copia radicación de solicitud de servicios de la terapia con ondas de choque de la señora Lizeth Hernández Correa con fecha de 2 de septiembre de 2019¹¹.
- Copia de la prescripción del médico tratante de la señora Lizeth Hernández para la realización de diez terapias de choque¹².
- Copia de la historia clínica de la señora Lizeth Hernández¹³.
- Copia de respuestas de la nueva EPS a la accionante mediante las cuales devuelve por extemporánea la solicitud de servicios para la terapia de ondas de choque y no la prescripción médica no cumple con los requisitos establecidos en la ley¹⁴.
- Copia de radicación de solicitud de servicios de la terapia con ondas de choque de la señora Lizeth Hernández Correa con fecha de 17 de octubre de 2019¹⁵.
- Copia de certificación del 15 de agosto de 2019 en la cual consta que la señora Morayda de León Jiménez le realizó en forma 5 sesiones de fisioterapia con rayos laser a la señora Lizeth Hernández en razón de su diagnóstico de tendinitis aquiliana¹⁶.
- Copia de certificación del 30 de septiembre de 2019 en la cual consta que la señora Morayda de León Jiménez le realizó en forma 5 sesiones de fisioterapia con rayos laser a la señora Lizeth Hernández en razón de su diagnóstico de tendinitis aquiliana¹⁷.

¹¹ Fol. 9 Cdno. 1

¹² Fol. 19 Cdno. 1

¹³ Fols. 21 – 23 Cdno. 1

¹⁴ Fols. 16 – 17 Cdno. 1

¹⁵ Fol. 18 Cdno. 1

¹⁶ Fol. 25 Cdno. 1

¹⁷ Fol. 24 Cdno. 1





13-001-33-33-009-2019-00239-01

- Copia de la cedula de ciudadanía de la señora Lizeth Hernández Carmona¹⁸

7.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el presente asunto, la entidad accionada solicita que le sea adicionado al fallo de tutela de primera instancia ordenar el recobro al ADRES extinto FOSYGA, por el 100% de los medicamentos, servicios o insumos no pertenecientes al Plan de Beneficios en Salud, por lo cual la Sala no encuentra pertinente pronunciarse respecto de los derechos que ya han sido tutelados en primera instancia y adicional a ello el impugnante no se refirió respecto de ese tema en su escrito, ya que dicha solicitud de recobro es el motivo principal de inconformidad con la sentencia de primera instancia.

Respecto a ese tema, se advierte que, en los términos de la Resolución 1885 de 2018, el reporte de la prescripción de los servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud está a cargo del profesional de la salud mediante la herramienta tecnológica del SISPRO, el cual es Mi prescripción "MIPRES", que es el aplicativo dispuesto por el Ministerio de Salud y Protección Social. De manera que, como lo ha sostenido esta Sala, el motivo de este procedimiento es evitar imponer cargas excesivas hacia los usuarios respecto de la demora en la autorización de los procedimientos, por lo tanto, lo primero es ordenar la aprobación del procedimiento a través del aplicativo virtual creado para tal efecto y posteriormente, se realiza el recobro a que haya lugar. En otros términos, con este proceso no se le impone la carga al paciente o usuario de acudir al ADRES, para el caso del régimen contributivo, para obtener la respectiva autorización y realización del tratamiento prescrito por el médico tratante.

En consecuencia, cuando las tecnologías en salud que no están incluidos en el Plan de Beneficios en Salud se autorizan en el régimen contributivo, estarán a cargo del ADRES tal como lo prevé la Ley 100 de 1993 en sus artículos 202 y siguientes. En ese orden de ideas, para el caso concreto, procede el recobro por parte de la Nueva EPS al ADRES, con tal de que se acredite la autorización y realización del respectivo procedimiento a la actora; empero, el derecho al recobro surge por ministerio de la Ley, por lo cual, no resulta imperioso que el juez de tutela disponga de manera expresa sobre el mismo, ya que, se trata

¹⁸ Fol. 26 Cdn. 1



13-001-33-33-009-2019-00239-01

de una discusión de carácter administrativo entras las entidades involucradas que debe ser resuelta entre ellas, puesto que, el juez constitucional cuya función está orientada a la protección de los derechos fundamentales de las personas que requieren un amparo.

Por último, a través de la herramienta virtual "POS Populi" dispuesta por el Ministerio de Salud y Protección Social, se encuentra que el tratamiento por ondas de choque, si se encuentra financiado¹⁹ con recursos de la Unidad de Pago por Capacitación – UPC, por lo tanto esta Sala, no accederá la petición solicitada por la Nueva EPS consistente en ordenar el recobro al ADRES del 100% de procedimientos autorizados a la accionante.

En conclusión, la entidad accionada cuenta con procedimientos administrativos idóneos y específicos para adelantar los trámites que considere necesarios, tales como el recobro que solicita ante el ADRES, a quien le asiste determinar su viabilidad o no, sin que sea necesario que de manera expresa así se indique en el fallo de tutela.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha veintiuno (21) de noviembre de dos mil diecinueve 2019, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

¹⁹

<https://pospopuli.minsalud.gov.co/PospopuliWeb/paginas/resultadoprocedimientos.aspx?value=H4slIAAAAAAEAGNgZGBq%2bA8ElBoE2EAMy%2bT8IMz0fFsTAwtTA7Wk0uLC0tSURNuSlKLEgsxEVSOD5Pw8IJmfl5JYDKRTUKFCGfiAVdwAxACiKVEAAAA%3d>



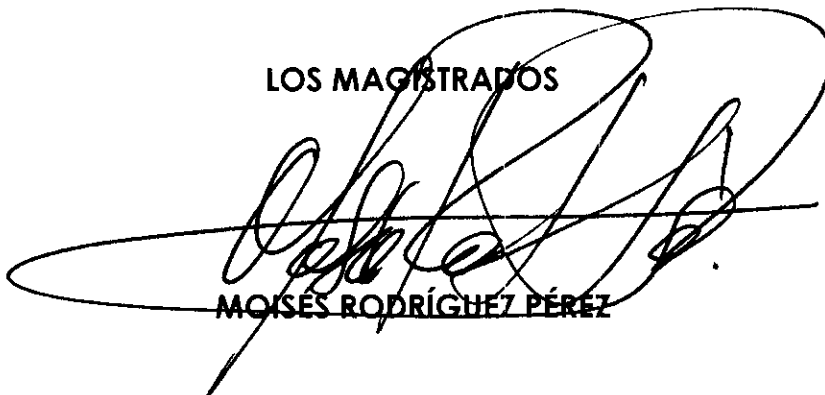
13-001-33-33-009-2019-00239-01

CUARTO: Por Secretaría del Tribunal, **ENVÍESE** copia de esta providencia al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 002 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS



CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Acción	IMPUGNACIÓN DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-009-2019-00239-01
Accionante	LIZETH HERNÁNDEZ CARMONA
Accionado	NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. – NUEVA EPS
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

