República de Colombia

Rama Judicial del Poder Público
Distrito Judicial de Cúcuta
JUZGADO SÉPTIMO CIVIL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
-Norte de Santander-

San José de Cúcuta, primero (1°) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación:	54001 4053 004 **2018 00912 01**
Accionante:	José Rafael Cristancho Arias
Accionado:	Fundación Médico Preventiva para bienestar social S.A. IPS
Proceso:	Acción de Tutela- Segunda Instancia.

Surtido el trámite propio de esta instancia se procede a decidir la impugnación propuesta por la IPS Fundación Médica Preventiva Para el Bienestar Social contra la decisión adoptada el tres (3) de octubre de dos mil dieciocho (2018), por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cúcuta.

1.- ANTECEDENTES

Adujó gestor judicial que el señor Cristancho Arias, ADENOCARCINOMA DE PULMON ESTADO IV, METASTASIS PULMUNARES, METASTASIS A GANGLIOS MEDIASTINALES Y CERFICALES, HIPERTENSION ARTERIAL, DISLIPIDEMIA, razón por la cual fue sometido a tratamiento ordenado por el médico tratante consistente primero ciclo de inmunoterapia con esquema pembrolizumab 200 mg IV día uno cada tres días, y demás tratamiento con ocasión a la enfermedades que padece.

1.1. PRETENSIONES

En amparo de los derechos fundamentales a la vida, la salud, vida digna, seguridad social, integridad física, impetró ordenar a la IPS Fundación Médica Preventiva, gestionar, autorizar y realizar el

tratamiento primer ciclo de inmunoterapia con esquema pembrolizumab 200 mg IV y el tratamiento integral que le permita tener una atención oportuna y permanente para las patologías que presenta, ADENOCARCINOMA DE PULMON ESTADO IV, METASTASIS PULMUNARES, METASTASIS A GANGLIOS MEDIASTINALES Y CERFICALES, HIPERTENSION ARTERIAL, DISLIPIDEMIA, solicitando la correspondiente medida provisional.

1.2. ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

Mediante auto del 25 de septiembre de hogaño, el Juzgado Cuarto Civil Municipal de esta urbe, admitió la presente acción constitucional, decretando la medida provisional de autorizar y garantizar a la Fundación Medico Preventiva el tratamiento ciclo de terapia con pembrolizumab 200mg IV y en caso de ser direccionado a otra ciudad para el mencionado tratamiento deberá suministrar al paciente y un acompañante los gastos de traslado aéreos ida y vuelta, y los respectivos viáticos de alimentación y alojamiento; asimismo dispuso comunicar la existencia a la accionada y vinculadas, a fin de que ejercieran su derecho de contradicción y defensa, prerrogativa de la cual hicieron uso[1].

1.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El juzgado de conocimiento resolvió amparar los derechos fundamentales del tutelante invocados por el gestor judicial, mediante providencia del tres (3) de octubre de dos mil dieciocho (2018), resolvió amparar los derechos fundamentales invocados por el señor José Rafael Cristancho Arias; y ordenó a la accionada Fundación Medico Preventiva que: "*...proceda en forma inmediata autorizar y a garantizar que el señor José Rafael Cristancho Arias se le inicie en un plazo máximo de una día contado a partir de tal notificación el ciclo de terapia con pembrolizumab 200 mg. IV día que le ordenó su médico tratante el día 30 de julio de 2018; en el evento que tenga que remitirlo a otra ciudad para dicho servicio tal entidad accionada debe suministrale al mencionado señor y a su acompañante los gastos de traslado aéreo ida y vuelta, así como los*

1 Folios 42, 43, 45 a 57 legajo principal.

respectivos viáticos de alimentación y hospedaje para que pueda acudir a la ciudad a donde sea remitido para tal efecto y a autorizar en adelante sin dilación los servicios de salud tal como cirugía, valoraciones, exámenes, insumos y medicamentos que requiere por la patología denominada adenocarcinoma de pulmón que actualmente. (...).

1.4. DE LA IMPUGNACIÓN Y SUS ARGUMENTOS.

La representante legal para asuntos jurídicos de la IPS FUNDACIÓN MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A. REGIONAL NORTE DE SANTANDER, presentó memorial de impugnación, por considerar que debe otorgar la facultad de recobro por parte fundación medico preventiva por los costos no incluidos dentro de los término de referencia de la contratación vigente y los servicios prestados están prestando por orden judicial que se encuentran excluidos del contrato suscrito.

Surtido el trámite correspondiente en esta instancia y siendo este Despacho competente se entrará a decidir previas las siguientes:

2. CONSIDERACIONES

1.- Es competente este Estrado Judicial para dirimir la presente acción de tutela según lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, los Decretos 2591 de 1991 artículo 37 y el 1382 del año 2000.

2.- Liminarmente conviene precisar que, en este específico caso, la competencia de esta sede judicial se circunscribe a analizar la solicitud de modificar de la sentencia del Juez de Primera Instancia, en el sentido de ordenar que FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.- reembolse a FUNDACION MEDICOPREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A., como integrante de la U.T. ORIENTE REGION 5, los gastos en que incurra por razón de los servicios médicos que se presten al señor Cristancho Arias, y que no se encuentren incluidos dentro del POS, asimilándose en la contratación vigente, toda vez que no se ha discutido la protección constitucional concedida en la sentencia.

3.- A este respecto es útil memorar que la Corte Constitucional, en reiterados fallos[2], ha dispuesto que los gastos en que incurre la E.P.S. en el suministro de medicamentos e implementación de procedimientos quirúrgicos y de tratamientos, bien porque no están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, o por otros motivos, no deben ser asumidos íntegramente por ella, pues "resulta claro que no pueden irrogarse obligaciones adicionales..., cuando es el Estado el directo obligado por orden constitucional para cumplir con estas funciones"[3], precisando que, en tales casos, le asiste a la entidad prestadora de salud "el derecho a repetir lo que pague en cumplimiento de la orden emitida en este fallo, ante la subcuenta correspondiente del FOSYGA". De otra parte, cuando se reconocen en el régimen subsidiado, estarán a cargo de las entidades territoriales (departamentos, municipios y distritos).[4]

La atribución a las entidades territoriales para atender el costo de los servicios no P.O.S. en el régimen subsidiado, encuentra un claro fundamento en las Leyes 100 de 1993 (artículo 215 y siguientes) y 715 de 2001 (artículo 43), las cuales además de atribuirle a "las Direcciones Locales, Distritales y Departamentales de Salud" y a "los Fondos Seccionales, Distritales y Locales de Salud", la administración del régimen y el manejo de los recursos pertenecientes al mismo, expresamente le asignan a las primeras la responsabilidad de los servicios de salud no cubiertos con los subsidios a la demanda, esto es, de los servicios no incluidos en el P.O.S. subsidiado.

Dicha postura jurisprudencial fue reiterada en la Sentencia T-760 de 2008, en la que se afirmó que "los reembolsos al FOSYGA únicamente operan frente a los servicios médicos ordenados por jueces de tutela o autorizados por el CTC en el régimen contributivo. En estos mismos casos, cuando el usuario pertenece al régimen subsidiado, la Ley 715 de 2001 prevé que los entes territoriales

---

2 Cfme: Sentencias T-380 de 2015, T-050 de 2010, T-760 de 2008, entre otras.
3 Sentencia T-978 de 2001.
4 Al respecto puede observarse la Sentencia T – 438 de 2009.

asuman su costo por tratarse de servicios médicos no cubiertos con los subsidios a la demanda".[5]

En la actualidad la potestad para ejercer el recobro por parte de las E.P.S., tiene fundamento la Ley 1122 de 2007 y en las Resoluciones 2933 de 2006 y 3099 de 2008, las cuales definen los criterios y condiciones que deben presentarse para poder ejercer a cabalidad dicha figura.

De otro lado, y en lo que tiene que ver con usuarios del sistema de seguridad social en salud que se encuentran afiliados dentro de regímenes especiales, como el caso de los integrantes del magisterio, Nuestra Máxima Corporación Constitucional ha expuesto que *"(...) Existen ciertos servicios, procedimientos y medicamentos que han sido excluidos del POS debido a las limitaciones de los recursos del sistema de seguridad social en salud. Sobre este punto, la Corte Constitucional ha advertido que tales exclusiones son admisibles, ya que buscan proteger la sostenibilidad económica del sistema. De esta manera, se ha afirmado que "...la existencia de exclusiones y limitaciones al Plan Obligatorio de Salud (POS) es también compatible con la Constitución, ya que representa un mecanismo para asegurar el equilibrio financiero del sistema de salud, teniendo en cuenta que los recursos económicos para las prestaciones sanitarias no son infinitos (...)."*

Debido a lo anterior, por regla general, cuando una persona necesita un servicio, procedimiento o medicamento que no esté incluido en el POS, debe obtenerlo por su propia cuenta y asumir su costo. No obstante esto, dicha regla no es absoluta, pues "*...en determinados casos concretos, la aplicación rígida y absoluta de las*

---

5 Con respecto a este tema, el artículo 43 de la Ley 715 de 2001, *indica que* "sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones: (...) 43.2.1. 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, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas. || 43.2.2. Financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y los servicios de salud mental'.

exclusiones y limitaciones previstas por el POS puede vulnerar derechos fundamentales, y por eso esta Corporación ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado, y evitar, de ese modo, que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas...".

Así entonces, excepcionalmente esta colegiatura ha considerado que los usuarios del sistema de seguridad social en salud pueden solicitar a la Entidad Prestadora de Salud la provisión de medicamentos, insumos o servicios excluidos del POS, y en caso de que su suministro sea negado, podrán acudir a la acción de amparo, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

> "(i) que la falta del servicio médico vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) que el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) que el interesado no pueda directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no pueda acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; (iv) que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo."

De esta manera, de presentarse los presupuestos jurisprudenciales anteriormente expuestos, la Entidad Prestadora de Salud tendrá que proporcionar el servicio, procedimiento, insumo, tratamiento o medicamento que requiera el usuario, independientemente de que el financiamiento del mismo recaiga en ella, o no, evento último en el cual estará habilitada para recobrar lo correspondiente al Fosyga, a la entidad territorial o al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según sea el caso".[5]

Por lo tanto, puede concluirse, que corresponde al Estado garantizar con recursos propios la prestación del servicio de salud, cuando la persona que requiere del mismo no tiene la capacidad económica para sufragar su costo; además se ha reiterado que la

E.P.S. es la llamada a prestar el servicio de salud, teniendo la facultad de ejercer el derecho de recobro ante las entidades territoriales correspondientes tratándose de servicios no P.O.S., dentro del régimen subsidiado de salud.

4.- Ahora bien, en los eventos en que el servicio de salud implique el desplazamiento del paciente a un lugar distinto al de residencia, la Corte ha concluido que, aunque el servicio de transporte no es una prestación médica, sí se constituye en un medio para acceder al servicio de salud, por lo que se vuelve obligatorio, cuando su no prestación obstaculiza la atención que debe recibir el paciente[6].

La Corte Constitucional ha sostenido la tesis de que *"si bien el transporte y hospedaje del paciente no son servicios médicos, en ciertos eventos el acceso al servicio de salud depende de que al paciente le sean financiados los gastos de desplazamiento y estadía en el lugar donde se le pueda prestar atención médica. (...) Así pues, toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado".*[7]

5.- En el caso sometido a estudio, el *a-quo* no hizo pronunciamiento alguno frente a la oportunidad de recobro por parte de la entidad prestadora de salud del régimen especial dentro del cual se encuentra incluido el magisterio, frente a los costos que deba asumir con ocasión de la atención en salud que se le brinde al agenciado y que no ésta obligada a asumir por ser eventos NO POS.

Aunque se ha dicho jurisprudencialmente que no es necesario incluir en la parte resolutiva del fallo de tutela la facultad de las empresas prestadoras de salud de recobro bien sea ante el FOSYGA o al ente territorial del pertinente, o ante el Fondo Nacional de

6 Sentencia T – 073 de 2012.
7 Sentencia T-255 de 2015.

Prestaciones Sociales del Magisterio, según sea el caso no es menos cierto que tales entidades ante la falta de tal ordenamiento, se sustraen del reconocimiento de los gastos generados en eventualidades NO POS, pues se escudan en disposiciones de carácter legal para condicionar el pago de ese recobro y supeditan el reconocimiento al cumplimiento de varios requisitos, los cuales terminan dilatando el pago efectivo de los costos asumidos por la EPS y que corresponden ser asumidos al Estado.

En consecuencia y conforme lo anterior, es claro para esta alzada, que se torna necesario en virtud de los servicios que van a ser garantizados por la empresa prestadora de salud querellada, ADICIONAR el fallo impugnado, en el sentido de otorgarle a la I.P.S. FUNDACION MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A., la facultad de recobro ante el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, administrado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., del costo de los servicios de salud que preste al señor JOSE RAFAEL CRISTANCHO ARIAS, en cumplimiento de la sentencia de tutela, siempre y cuando, no se encuentren contemplado en el Plan Obligatorio de Salud, a efectos de preservar el equilibrio financiero del Sistema.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Oralidad de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la parte resolutiva del fallo de tutela proferido por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cúcuta, el tres (3) de octubre de dos mil dieciocho (2018), otorgando a la IPS FUNDACIÓN MEDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL S.A., la facultad de recobro ante FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, administrado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., del costo de los servicios de salud que preste al señor JOSE RAFAEL CRISTANCHO ARIAS, en cumplimiento de la

sentencia de tutela, siempre y cuando, no se encuentren contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, a efectos de preservar el equilibrio financiero del Sistema.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás puntos la sentencia de tutela.

TERCERO: COMUNICAR a las partes la presente decisión por la vía más expedita y en la forma más rápida posible.

CUARTO: COMUNICAR al Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Cúcuta la decisión tomada en esta instancia.

QUINTO: DISPONER la remisión del expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, según lo establecido en el artículo 31 de Decreto 2591 de 1991.

COPÍESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

SONIA ADELAIDA SASTOQUE DIAZ
JUEZ