



Consejo Superior
de la Judicatura

**JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO EN ORALIDAD
SOGAMOSO - BOYACÁ**

SGC

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. ST-0017

Rad. No 158224089001-2020-00026-01.

Sogamoso, quince (15) de julio de dos mil veinte (2.020).

Referencia:	Acción de Tutela- Segunda Instancia.
Accionante:	Elkin Heriberto Cruz Giral.
Agente oficioso:	Wbaldina Giral Trujillo
Accionado:	Nueva EPS - Colsubsidio
Vinculado:	Secretaría de Salud de Boyacá
Derecho:	Vida – Salud – Dignidad Humana
Decisión:	Confirma.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Despacho a resolver la impugnación del fallo de fecha veintiséis (26) de mayo de 2020, por el cual el JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE TOTA, tuteló en primera instancia, los derechos fundamentales a la Vida y Salud del agenciado ELKIN HERIBERTO CRUZ GIRAL, contra la NUEVA EPS Representada para el efecto por MARIAM LILIANA CARRILLO PEÑA.

ANTECEDENTES

1. La Acción

1.1. Los Hechos

Manifiesta la señora WBALBINA GIRAL TRUJILLO, actuando como agente oficioso, que su hijo ELKIN HERIBERTO CRUZ GIRAL padece de “EPILEPSIA REFRACTARIA – RETARDO DE LENGUAJE – DEFICIT COGNITIVO – ESCLEROSIS MEDIA TEMPORAL IZQUIERDA, como enfermedad común con pérdida de capacidad laboral de 67.90% con fecha de estructuración de invalidez del 29 de mayo de 1995.

Dentro de su tratamiento médico, la Dra. Olga Lucia Ortiz Martínez, adscrita a la NUEVA EPS, le prescribió el medicamento TOPIRAMATO (No Pos). Que, a raíz de su enfermedad, Elkin Heriberto convulsiona regularmente y entra en crisis si el medicamento se le suspende mas de un (1) día.

Debido a la crisis sanitaria, la EPS dispuso de otros medios a los acostumbrados para solicitar la autorización de dicho medicamento, proceso que se surtió, pero solo hasta el 30 de abril, 10 días después, le autorizaron el medicamento. No obstante, al acudir a la farmacia para su entrega, le indicaron que la fecha de la autorización no correspondía a la entrega y que se hacía necesario solicitar una nueva, para lo cual el medico expresó que el sistema no deja ingresar nuevas fechas dado que ya se han autorizado otras, situación que suele repetirse constantemente, sumado al hecho que en ocasiones la farmacia no cuenta con ese medicamento.

Adicionalmente, muchos de los medicamentos que le son ordenados, son sustituidos por la NUEVA EPS por unos distintos, de tipo genérico. El accionante actualmente tiene inmóvil la parte derecha del cuerpo producto de las convulsiones, tiene dificultades para hablar, confunde los nombres de las personas, utiliza silla de ruedas, sufre de cansancio crónico y se cae en ocasiones.

1.2. Pretensiones

- i). Tutelar los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la salud y seguridad social.
- ii). Ordenar que de manera inmediata a quien corresponda se entreguen los siguientes medicamentos: Topiramato 100 MG tableta, en cantidad 120; clonazepam 2mg tableta;

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA No. ST-0029

Rad. No. 157594053002-2020-00116-0023-01.

fenobarbital 100 mg tableta II; oxcarbazepina 600 mg tableta, en cantidad de 120, para el tratamiento de epilepsia refractaria, y que a la fecha no han sido posible por la negligencia de la Nueva EPS y a Colsubsidio.

iii). Se ordene la NUEVA EPS que realice una valoración con la especialidad de neurología y con una junta de especialistas para que se realice una valoración integral a Elkin Heriberto Cruz Giral, y se determine las nuevas patologías que está sufriendo. Y se pueda seguir un tratamiento médico claro;

iv) Se ordene el tratamiento integral sobre las siguientes patologías epilepsia refractaria, y/o G 409 epilepsia, tipo no especificado; G 403 Epilepsia y síndromes epilépticos idiopáticos generalizados; y RETARDO DEL LENGUAJE -DÉFICIT COGNITIVO - ESCLEROSIS MEDIAL TEMPORAL IZQUIERDA

v) Hacer uso de las facultades ultra y extra petita del Juez constitucional respecto de los posibles derechos dejados de reclamar mediante la presente acción.

Adicionalmente solicita como medida provisional, ordenar a la NUEVA EPS entregar los siguientes medicamentos: TOPIRAMATO 100 MG TABLETA, EN CANTIDAD 120; CLONAZAPAM 2MG TABLETA; FENOBARBITAL 100 MG TABLETA LL; OXCARBAZEPINA 600 MG TABLETA, EN CANTIDAD DE 120, para el tratamiento de epilepsia refractaria.

2. Respuesta de la parte accionada y los demás vinculados

2.1. NUEVA EPS

Informa por intermedio de apoderado, que las responsables de cumplir las órdenes de tutela son la doctora MARIAM LILIANA CARRILLO PEÑA, identificada con cedula de ciudadanía N° 46369216 de Sogamoso, es quien actúa en calidad de GERENTE ZONAL de Boyacá de NUEVA EPS S.A., ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD, según Poder General Adjunto.

Frente a los hechos y pretensiones de la acción de tutela, refiere que la entidad ha venido asumiendo todos y cada uno de los servicios médicos que ha requerido el Señor ELKIN HERIBERTO CRUZ GIRAL, CC 1058461370, desde el momento mismo de su afiliación y en especial los servicios que ha solicitado, siempre que la prestación de dichos servicios médicos se encuentre dentro de la órbita prestacional enmarcada en la normatividad que para efectos de viabilidad del Sistema General de Seguridad social en Salud.

Refiere en cuanto al caso concreto, que no fue aportada con el traslado LA ORDEN MÉDICA VIGENTE para el servicio, lo que impide determinar la procedencia de la prestación del servicio, o la existencia o no de órdenes de prestación de los servicios requeridos, y que la orden aportada corresponde al mes de noviembre de 2019. Considera importante resaltar que solo se podrá dar autorización de los servicios solicitados siempre y cuando medie orden médica vigente expedida por médico tratante que haga parte de la red de prestadores de servicios de NUEVA EPS, como quiera que es competencia exclusiva del mismo. Por ello, solicita se sirva ordenar una valoración al paciente para determinar la pertinencia de los servicios y tratamiento a seguir.

Refiere que la Integralidad que solicita el usuario se da por parte de Nueva EPS de acuerdo con las necesidades médicas y la cobertura que establece la ley para el Plan de beneficios de Salud y que exceder los lineamientos de la normatividad vigente no es conducente, por lo que al evaluar la procedencia de conceder TRATAMIENTO INTEGRAL que implique

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA No. ST-0029

Rad. No. 157594053002-2020-00116-0023-01.

hechos futuros e inciertos respecto de las conductas a seguir con el paciente no es dable al fallador de tutela, por lo anterior, solicita se deniegue por improcedente la acción de tutela contra la NUEVA EPS, y en evento que sea favorable al accionante, se indique específicamente el servicio PBS que deberá ser autorizado y cubierto por la entidad, y de manera subsidiaria se ordene al ADRES reembolsar todos aquellos gastos en que incurra NUEVA EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios.

2.2. Colsubsidio

Refiere que en su sistema la última dispensación de los medicamentos al usuario realizada los días 06 y 20 de abril de la presente anualidad, sin tener medicamentos pendientes de entrega a la fecha.

Que Colsubsidio ha obrado con la debida diligencia y no ha incurrido en acciones u omisiones que vulneren los derechos del Accionante ya que la no entrega oportuna obedece a circunstancias que no pueden ser atribuibles a Colsubsidio, por lo que solicita **DECLARAR IMPROCEDENTE LA PRESENTE ACCIÓN DE TUTELA** en contra de COLSUBSIDIO, puesto que los hechos que dieron lugar a la Acción no pueden ser atribuibles a Colsubsidio.

2.3 Secretaría de Salud de Boyacá

La entidad guardó silencio.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo de fecha 26 de mayo de 2020, el Juzgado Promiscuo Municipal de Tota, concedió la acción de tutela instaurada y ordenó a la entidad accionada NUEVA EPS, por intermedio de su Representante Legal, que: i). Proceda a la entrega de los medicamentos TOPIRAMATO 100 MG TABLETA, EN CANTIDAD 120; CLONAZEPAM 2MG TABLETA; FENOBARBITAL 100 MG TABLETA; OXCARBAZEPINA 600 MG TABLETA, EN CANTIDAD DE 120, en el término de CUARENTA Y OCHO (48) HORAS, según lo prescrito por el médico tratante; ii) En el término de CINCO (5) DIAS y mediante la consulta a médicos adscritos a su red de prestadores, se encargue de adelantar las gestiones necesarias para verificar la necesidad determinar si ELKIN HERIBERTO CRUZ GIRAL, padece nuevas patologías; (iii) En virtud de lo anterior, suministre el tratamiento integral para asegurar la continuidad en la entrega de insumos y servicios que ELKIN HERIBERTO CRUZ GIRAL en relación con el diagnóstico que presenta, a saber, EPILEPSIA REFRACTARIA -RETARDO DEL LENGUAJE -DÉFICIT COGNITIVO -ESCLEROSIS MEDIAL TEMPORAL IZQUIERDA.

LA IMPUGNACIÓN

La NUEVA EPS, pretende se desestimen las ordenes relacionadas al tratamiento integral por considerar que no están suficientemente fundadas.

Subsidiariamente solicita se adicione el fallo indicando que en virtud de la Resolución 205 de 2020, por medio de la cual se establecieron unas disposiciones en relación con el presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la UPC, se ordene al ADRES reembolsar todos aquellos gastos en que incurra NUEVA EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA No. ST-0029

Rad. No. 157594053002-2020-00116-0023-01.

Así mismo, de ordenarse tratamiento integral, se adicione el fallo en el sentido de especificar en el resuelve del fallo la patología por el cual se está ordenando con el objeto de determinar el alcance de la acción constitucional.

Considera la entidad que, en el fallo impugnado no se precisa cual es la conducta de la EPS que se reprocha. Que el requerimiento del accionante, gira en torno a la dificultad de sufragar el costo de sus desplazamientos (sic), no en una ausencia de tratamiento, por lo que, a su juicio, se debe determinar si el usuario cumple con las condiciones o sub-reglas establecidas por la Corte Constitucional para el amparo del tratamiento integral solicitado. Lo anterior haciendo énfasis, en la inviabilidad de acceder desmesuradamente a tratamientos integrales a los accionante en proporcionalidad con el principio de solidaridad y el deber de financiamiento del sistema.

Precisa que no resulta procedente tutelar hechos futuros e inciertos, anticipándose de esta manera a intuir el incumplimiento de las funciones legales y estatutarias de la accionada, lo que equivale a presumir la MALA FE en la prestación de los servicios que llegase a requerir el paciente, situación atentatoria del principio de la buena fe. Así, la vulneración o amenaza debe ser ACTUAL E INMINENTE, es decir que en el momento que el fallador toma la decisión de proteger el derecho fundamental, debe existir la acción u omisión para que se produzca una orden judicial que ponga fin a la vulneración o amenaza. Para el caso de referencia, no se han vulnerado los derechos fundamentales del afiliado, razón por la cual no se puede amparar un suceso futuro e incierto.

Indica que de proceder el Tratamiento Integral requerido debe ser individualizado por cada patología padecida en cuanto a los tratamientos, los medicamentos incluyendo sus cantidades, así como su vigencia; siendo entonces necesario que el Juez, lo especifique, previo estudio médico, por ser competencia exclusiva del galeno. Es por lo expuesto INVIABLE ordenar un tratamiento integral.

Que el afiliado y sus familiares cercanos son los primeros en ser llamados a asumir los gastos de medicamentos y tratamientos. Que el Estado concurre ante la incapacidad de pago de los dos primeros, después del propio afiliado, su familia es la primera obligada económica, moral y afectivamente para con este, y si no es posible tal apoyo económico, el cual deberá estar comprobado, será el Estado el que concorra a brindar la protección.

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto de fecha 10 de junio de 2020, el Juzgado Promiscuo Municipal de Tota, concede la impugnación interpuesta por la accionada NUEVA EPS, la cual correspondió por reparto que fuera efectuado el 16 de junio hogaño, a este despacho judicial, razón por la que mediante auto de fecha 17 de junio del presente año, se admitió la impugnación, en el efecto devolutivo.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo establecido por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, y a partir del alcance que la Corte Constitucional, le ha otorgado a dicha disposición, el conocimiento de la impugnación contra sentencias de tutela debe ser asumido por la autoridad judicial que, a partir de la especialidad y la función jurisdiccional, constituya el superior jerárquico del *a quo*¹.

¹ Corte Constitucional. Sala Plena. Auto 091 de fecha 14 de febrero de 2018. Ref.: Exp.: ICC-3191. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

2. Problema jurídico principal y problemas asociados.

Corresponde a la suscrita funcionaria, determinar en segunda instancia, si conforme a los hechos expuestos, a las pruebas recaudadas en el trámite sumarial y a la decisión adoptada por el *A quo*,

¿La entidad accionada vulneró los derechos fundamentales a la salud, vida y la seguridad social del accionante, por no haber garantizado la entrega de los medicamentos ordenado por sus médicos galenos?

¿Es procedente ordenar a la accionada, garantizar el tratamiento integral para el señor Elkin Heriberto Cruz Gira por las patologías y enfermedades que padece?

Para resolverlos, se abordarán en su orden los siguientes temas: **i).** *Procedencia de la acción de tutela para garantizar la protección a los derechos a la salud y seguridad social,* **ii).** *Suministro oportuno de medicamentos;* **iii)** *Enfermedades catastróficas-sujetos de especial protección constitucional;* **iv).** *Tratamiento médico integral* **v).** *Recobro por gastos en servicios no incluidos en el PBS ante el ADRES;* **vi).** *Análisis Caso Concreto.*

i). Procedencia de la acción de tutela para garantizar la protección a los derechos a la salud y seguridad social.

La Constitución de 1991 en su artículo 86 consagró a la acción de tutela como un mecanismo destinado a la protección de los derechos fundamentales que puedan resultar vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por un particular encargado de prestar servicios públicos, o cuando su actuación afecte grave y directamente el interés colectivo, o cuando la persona afectada no cuente con otro medio de defensa judicial, o respecto de aquellos que el solicitante se encuentre en estado de subordinación o indefensión. Esa subordinación se configura cuando una persona se encuentra en estado de debilidad manifiesta frente a otra, lo que lo hace vulnerable o indefenso ante la agresión de sus derechos².

Por su parte, en lo inherente al derecho fundamental a la salud, en nuestro ordenamiento jurídico, particularmente en el artículo 13, se establece que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para promover las condiciones de igualdad de grupos discriminados y marginados y proteger de manera especial a las personas que, por su condición de vulnerabilidad, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta³.

Este mecanismo de amparo constitucional es el idóneo para hacer exigible el derecho fundamental a la salud, el cual se materializa con la prestación integral, por parte del Estado, de los servicios que garanticen la vida, la integridad física, psíquica y emocional de las personas⁴

Ahora bien, el derecho a la seguridad social, por medio del cual se adquiere el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida, cobra importancia constitucional en los eventos en que la salud de los beneficiarios haya sufrido amenaza o vulneración alguna, contingencias que deben ser cubiertas por un sistema que le garantice el acceso y la prestación de los

² Sentencia T-331-2018 de fecha 13 de agosto de 2018. Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional. Expediente: T-6.622.843. M.P. Alberto Rojas Ríos.

³ Constitución Política, art. 13.

⁴ Sentencia T-171-2018 de fecha 07 de mayo de 2018. Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional. Expediente: T-6.406.033. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA No. ST-0029

Rad. No. 157594053002-2020-00116-0023-01.

servicios que esta persona requiera, por tal razón este derecho es objeto de protección por parte de la acción de tutela.

ii). Suministro Oportuno de Medicamentos.

La Corte Constitucional ha sido enfática al establecer que el suministro de medicamentos constituye una de las principales obligaciones que deben cumplir las entidades promotoras del servicio de salud por lo que dicha obligación debe 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, lo que puede conllevar a una afectación irreparable de su condición y un retroceso en su proceso de recuperación o control de la enfermedad.

Por su parte, en Sentencia T-092 de 2018 el precitado Tribunal Constitucional dispuso lo siguiente:

“(…) a juicio de la Corte, las entidades promotoras de salud no sólo tienen la obligación de garantizar la oportuna y eficiente entrega de los medicamentos que requiere el paciente, sino también la de adoptar medidas especiales cuando se presentan barreras injustificadas que impidan su acceso, ya sea por circunstancias físicas o económicas, más allá de las cargas soportables que se exigen para los usuarios del sistema, pues de ello depende, en muchos casos, el amparo de sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la integridad física..”.

De lo que se puede concluir entonces que en este tipo de casos la actuación de la E.P.S., se considera eficiente u oportuna solo cuando el paciente ha recibido el medicamento, sin someterlo a trámites que constituyan barreras injustificadas que le impidan acceder al servicio de salud que requiere.

iv). Enfermedades Catastróficas-Sujetos de Especial Protección Constitucional.

La Constitución de 1991 en su artículo 86 consagró a la acción de tutela como un mecanismo destinado a la protección de los derechos fundamentales que puedan resultar vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por un particular encargado de prestar servicios públicos, o cuando su actuación afecte grave y directamente el interés colectivo, o cuando la persona afectada no cuente con otro medio de defensa judicial, o respecto de aquellos que el solicitante se encuentre en estado de subordinación o indefensión. Esa subordinación se configura cuando una persona se encuentra en estado de debilidad manifiesta frente a otra, lo que lo hace vulnerable o indefenso ante la agresión de sus derechos⁵.

Por su parte, en lo inherente al derecho fundamental a la salud, en nuestro ordenamiento jurídico, particularmente en el artículo 13, se establece que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para promover las condiciones de igualdad de grupos discriminados y marginados y proteger de manera especial a las personas que, por su condición de vulnerabilidad, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.

Asimismo, la Jurisprudencia Constitucional ha establecido que:

⁵ Sentencia T-331 de 2018 MP. Alberto Rojas Ríos.

“(…) Al considerarse el derecho a la salud como un derecho fundamental, es procedente su protección a través del amparo constitucional cuando éste resulte amenazado o vulnerado y no exista otro medio idóneo de defensa judicial. Además, tiene mayor relevancia cuando los afectados sean sujetos de especial protección constitucional, como aquellos que padecen enfermedades degenerativas, catastróficas, de alto costo y crónicas. Este trato diferenciado tiene fundamento en el inciso 3º, del artículo 13 de la Constitución Política que establece la protección por parte del Estado a las personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta…”

“(…) Con relación a aquellos sujetos que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta por padecer de enfermedades catastróficas o ruinosas -Cáncer - se le ha impuesto al Estado, la sociedad y, por supuesto, los jueces constitucionales, el deber de adoptar medidas que comporten efectivamente una protección reforzada, teniendo en cuenta que entre mayor sea la desprotección de estos sujetos, mayor deben ser la medidas de defensa que se deberán adoptar…”⁶

v). Tratamiento Médico Integral:

El artículo 8 de la ley estatutaria 1751 de 2010, dispone que el derecho fundamental a la salud se rige por el principio de integralidad, el cual debe ser suministrado de manera completa y con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador.

Ahora bien, en cuanto al tratamiento integral ha establecido la Corte que tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante del accionante, de ahí que la EPS no puede omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos⁷.

Así mismo la Corte Constitucional ha establecido los parámetros que el juez de tutela debe tener en cuenta al momento de estudiar la solicitud de integralidad, ellos son: *(i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello ponga en riesgo los derechos fundamentales del paciente. Igualmente, se reconoce cuando (ii) el usuario es un sujeto de especial protección constitucional (como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas); o con aquellas (iii) personas que “exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas.*

No obstante, resalta la Corte que el juez constitucional en estos casos debe precisar el diagnóstico que el médico tratante estableció respecto al accionante y frente al cual recae la orden de tratamiento integral. Teniendo en consideración que no resulta posible dictar ordenes indeterminadas ni reconocer prestaciones futuras e inciertas, lo contrario implicaría presumir la mala fe de la EPS en relación con el cumplimiento de sus deberes y las obligaciones con sus afiliados.

vi). Recobro por gastos en servicios no incluidos en el PBS

El Estado reconoce en forma anual un valor por cada uno de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, esto es la Unidad de Pago por Capitación (UPC), con el fin de que se cubran los servicios incluidos en el Plan de Beneficios en Salud a los afiliados, tanto de los regímenes contributivo como subsidiado. Las Entidades Promotoras de Salud están en la obligación de manejar de forma adecuada dichos recursos, por lo tanto, se han establecido una serie de limitaciones.

⁶ Sentencia T-736 de 2016 MP. María Victoria Calle Correa.

⁷ Sentencia T-259 -2019 de fecha 6 de junio de 2019, Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional. Expedientes T-7.096.964 y T-7.117.030

A pesar de ser el derecho a la salud muy complejo, que implica la exigencia de unas restricciones presupuestales para la prestación de los servicios, esto no es justificación para imponer barreras que impidan garantizar de manera integral este derecho⁸; y es la razón por la que el Estado en casos excepcionales y prioritarios otorga la facultad a los jueces de inaplicar el PBS, ordenando medicamentos, procedimientos, tratamientos, intervenciones y demás servicios que no se encuentren incluidos en el PBS, en aras de asegurar la prestación continua, efectiva y oportuna de los servicios asistenciales que requieran los pacientes y no resulte afectado su derecho a la salud.

Para estos casos, cuando el suministro de un servicio no incluido en el PBS sea ordenado a la EPS, dicha entidad está en la facultad de efectuar el respectivo recobro, ya sea ante la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL, cuando se trata del régimen subsidiado, o ante el ADRES, cuando se trate del régimen contributivo.

3. Estudio y solución del caso concreto

De conformidad con la doctrina jurisprudencial que se acabó de estudiar, considera la suscrita que en punto de derecho, lo primero que hay que destacar, es que ELKIN HERIBERTO CRUZ GIRAL, cuenta con un diagnóstico de *EPILEPSIA REFRACTARIA – RETARDO DE LENGUAJE – DEFICIT COGNITIVO – ESCLEROSIS MEDIA TEMPORAL IZQUIERDA* desde el año 1995, y que sus médicos tratantes le han prescrito los siguientes medicamentos TOPIRAMATO 100 MG TABLETA, EN CANTIDAD 120; CLONAZAPAM 2MG TABLETA; FENOBARBITAL 100 MG TABLETA LL; OXCARBAZEPINA 600 MG TABLETA, EN CANTIDAD DE 120 como parte de su tratamiento.

En ese orden de ideas, su condición de cara al derecho constitucional resulta relevante, pues las enfermedades que padece se encuentran catalogadas como graves y por ende, merece una protección superior y especial de sus derechos fundamentales, de manera que a primera vista le asiste razón al operador judicial de primera instancia cuando ordena a la entidad accionada, no solo la entrega del medicamento TOPIRAMATO 100 MG TABLETA, EN CANTIDAD 120, sino la entrega de los medicamentos y el tratamiento integral de sus patologías, esto es, *EPILEPSIA REFRACTARIA – RETARDO DE LENGUAJE – DEFICIT COGNITIVO – ESCLEROSIS MEDIA TEMPORAL IZQUIERDA*.

Ahora bien, analizando el *sub judice* a profundidad, se consideran reunidos los presupuestos fácticos que la jurisprudencia considera necesarios para la protección tuitiva, es decir, **(i)** la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello pone en riesgo los derechos fundamentales del paciente, pues de las pruebas recaudadas se evidencia que NUEVA EPS, ha afectado de manera directa sus condiciones de salud, pues se ha suspendido o no ha garantizado la entrega del medicamento denominado TOPIRAMATO 100 MG TABLETA, en cantidad 120, lo que motivó en principio la prestación de la acción de amparo, aunado al hecho manifestado por la agente oficiosa, quien refiere demoras de la entidad en la autorización de servicios médicos; y **(ii)** el usuario es un sujeto de especial protección constitucional, como sucede con las personas que padezcan enfermedades catastróficas, como la epilepsia⁹.

Así las cosas, esta situación resulta contraria al deber ser de la misionalidad de la entidad prestadora de servicios de salud, y deja entrever una serie de barreras injustificadas que le impiden el goce efectivo de tales servicios, provocando una situación de indefensión y

⁸ Sentencia T-235 de 2018 de fecha 18 de junio de 2018. Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional. Ref.: Exp.: T-6.569.299, T-6.570.963, T-6.571.710, T-6.574.137, T-6.583.889. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁹ Resolución 3974 de 2009 del Ministerio de Salud.

Rad. No. 157594053002-2020-00116-0023-01.

riesgo por su falta de diligencia y responsabilidad a la hora de velar por un proceso de recuperación o control de la enfermedad, oportuno y eficiente. En consecuencia, tal como lo ha decantado la Honorable Corte Constitucional, no ofrecer las garantías de acceso correspondiente, constituye una indirecta negación de los servicios.

Cuestiona la accionada NUEVA EPS que en el fallo impugnado, no se precisa la conducta omisiva de la entidad que amerite ordenar un tratamiento integral en favor del accionante, olvidando ciertamente que la no entrega oportuna de los medicamentos constituye *per se* una falta al principio de Oportunidad que rige nuestro sistema de seguridad social en la prestación del servicio de salud, cuando se itera, nos encontramos frente a un sujeto de especial protección constitucional, quien padece de varias enfermedades, algunas de ellas catastróficas.

No es de recibo entonces el argumento de atribuir la responsabilidad de dicha omisión legal a la institución que suministra los medicamentos, pues claramente, en la organización de la estructura del sistema de salud, es deber legal de las EPS, garantizar y materializar oportuna y eficientemente, los servicios de salud que sus afiliados requieran.

Recapitulando, ante la existencia de un diagnóstico específico determinante de la condición de salud de una persona, es deber del juez de tutela reconocer la atención integral en salud a la accionante, siempre que sea el médico tratante quien prescriba y determine el tratamiento a seguir para un paciente que presenta diagnóstico establecido desde el año 1995, incluido concepto de pérdida de capacidad laboral del 67.90%, lo que evidencia que no se trata solamente de la entrega de un medicamento por una sola vez que se ha incumplido por la accionada y retardado de manera injustificada, sino además, requiere del cumplimiento de la totalidad del tratamiento prescrito y que puedan prescribir en lo sucesivo sus médicos tratantes, y desde esa perspectiva debe garantizarse esa CONTINUIDAD e INTEGRALIDAD, mientras que el médico tratante no determine otro tratamiento distinto, o con base en el derecho al diagnóstico logre la recuperación de la salud de la paciente o reformule uno distinto a partir de los mismos o nuevos diagnósticos.

Atendiendo la solicitud de la accionada, se ACLARARÁ en esta providencia, aun cuando la juez de instancia lo hizo en su oportunidad, que el tratamiento integral ordenado será para el tratamiento de las enfermedades: *EPILEPSIA REFRACTARIA – RETARDO DE LENGUAJE – DEFICIT COGNITIVO – ESCLEROSIS MEDIA TEMPORAL IZQUIERDA.*

En consecuencia, se mantendrá la orden dada por el juzgado de primera instancia, en cuanto al suministro del tratamiento integral que requiera el accionante para el manejo de su padecimiento, en aras de precaver cualquier actitud negligente y omisiva de la accionada, y por la condición de lesividad en que se encuentra este, quien requiere de un seguimiento especial para llevar su subsistencia en condiciones dignas, con la aclaración antes mencionada.

En punto de la obligación del accionante o de sus familiares de asumir el costo de los medicamentos y tratamientos no incluidos en el PBS, contrario a lo que pretende la accionada NUEVA EPS, esa obligación para este caso concreto, no se materializa ni se torna procedente, toda vez que la Corte Constitucional, ha sido reiterativa en precisar, que:

“En relación con el requisito consistente en demostrar la carencia de recursos económicos para cubrir los gastos de alimentación, alojamiento y transporte para un acompañante debe precisarse que la ausencia de capacidad financiera puede constatarse con los elementos allegados al expediente; cuando el paciente afirme la ausencia de recursos, la carga de la prueba se invierte y le corresponde a la EPS desvirtuar lo dicho pero, en caso de guardar silencio, la afirmación del paciente se entiende probada y, puntualmente, respecto de las personas afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud mediante el Régimen Subsanoado o inscritas en el SISBEN



Consejo Superior
de la Judicatura

**JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO EN ORALIDAD
SOGAMOSO - BOYACÁ**

SGC

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA No. ST-0029

Rad. No. 157594053002-2020-00116-0023-01.

“hay presunción de incapacidad económica (...) teniendo en cuenta que hacen parte de los sectores más pobres de la población”¹⁰.

En cuanto a la facultad de recobro ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES, cuyo reconocimiento reclama la demandada, la misma será denegada, *‘puesto que la fuente tiene origen y fundamento legal, y no en la sentencia, no siendo posible en este trámite ordenar el pago de dineros’*.¹¹ Por lo que si la EPS considera que se trata de una prestación ajena a las prerrogativas del Plan General de Beneficios, por tratarse de una erogación que tiene su origen en la ley, cuenta con la posibilidad de agotar los medios y recursos pertinentes tendientes a lograr la devolución de los dineros que invierta por la prestación del servicio ordenado ante la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL, quien da cubrimiento de los servicios que no están incluidos en el PBS; por lo tanto no es objeto de tutela.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Civil del Circuito Oral de Sogamoso, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad el fallo de tutela de fecha 26 de mayo de 2020 emitido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Tota, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

SEGUNDO: ACLARAR que el tratamiento integral ordenado en favor del señor ELKIN HERIBERTO CRUZ GIRAL será para el tratamiento de las enfermedades: *EPILEPSIA REFRACTARIA – RETARDO DE LENGUAJE – DEFICIT COGNITIVO – ESCLEROSIS MEDIA TEMPORAL IZQUIERDA*, y a cargo de la NUEVA EPS.

TERCERO: NOTIFICAR la presente decisión a las partes por el medio más expedito y eficaz.

CUARTO: REMITIR el presente expediente a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que la presente decisión no sea impugnada de conformidad con los criterios establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura mediante el Acuerdo PCSJA20-11594 del 13 de julio de 2020.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ADRIANA FERNANDA GUASGÜITA GALINDO
JUEZ

Proyectó: Rafael Andrés Vargas O.
Revisó: Adriana Guasgüita

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-259 -2019 de fecha 6 de junio de 2019, Exp. T-7.096.964 y T-7.117.030.

¹¹ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo. Sentencia de tutela del 4 de marzo de 2016, Magistrado ponente Jorge Enrique Gómez Ángel. Radicado 152383103001201500194 01.