

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO VEINTICINCO CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA

Bucaramanga, veintinueve (29) de enero de dos mil veinte (2020).

Procede el Despacho a pronunciarse de fondo respecto de la petición de amparo constitucional promovida por **MARCO AURELIO LOPEZ TELLEZ**, en contra de SALUD TOTAL EPS, habiéndose vinculado de oficio a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –ADRES–.

ANTECEDENTES

Manifiesta el accionante que se encuentra afiliado a SALUD TOTAL EPS en el régimen contributivo.

Que de acuerdo a la orden emitida por el médico tratante DR. CARLOS ERNESTO GARAVITO BARANDICA, el accionante requiere de una cirugía de torax en razón al diagnóstico de BRONQUIECTASIAS SACULARES, sin embargo dicho procedimiento no ha sido programado a pesar de haber acudido en repetidas ocasiones a SALUD TOTAL EPS, situación que aumenta el deterioro del estado de salud de MARCO AURELIO LOPEZ TELLEZ.

PRETENSIONES

Como consecuencia de la tutela de los derechos fundamentales, es pretensión que se ordene a la parte accionada que garantice la práctica de la cirugía de tórax.

TRAMITE

Una vez repartido el presente diligenciamiento, correspondió su conocimiento a este Despacho Judicial, en razón a lo cual se procedió a admitir el trámite constitucional a través de auto del 17 de enero de 2020, en donde además se ordenó oficiar a SALUD TOTAL EPS para que, dentro del término de 48 horas contados a partir de la notificación de la providencia, se pronunciara sobre los hechos y pretensiones de la tutela y además se ordenó la vinculación de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –ADRES–.

CONTESTACIÓN ENTIDADES ACCIONADAS

SALUD TOTAL EPS y ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –ADRES–: No emitieron pronunciamiento alguno durante el trámite tutelar.

CASO EN CONCRETO Y EL PROBLEMA JURIDICO.

MARCO AURELIO LOPEZ TELLEZ pretende se amparen sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la salud, con el fin que se le ordene a la accionada que garantice la práctica de la cirugía de tórax requerida por la parte accionante. De acuerdo a lo señalado se deberá establecer si la no prestación del servicio reclamado, es causa que amerite salir en amparo de sus derechos fundamentales.

CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

Primeramente cabe señalar que la acción de tutela contemplada en el artículo 86 de la Constitución Nacional y reglamentada por los decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, es un procedimiento sumario y preferente, que toda persona, ya sea natural o jurídica, para reclamar la protección de sus derechos constitucionales fundamentales que han sido vulnerados o amenazados por acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, en el segundo evento por las causas que establece expresamente la ley.

En lo referente al derecho a la SALUD, que se considera vulnerado por el accionante, el Despacho encuentra oportuno traer a colación lo que ha referido la Corte Constitucional respecto del deber de las EPS de respetar los principios de integralidad, oportunidad y continuidad en la prestación de los servicios de salud. Reiteración de jurisprudencia. Sentencia T-972 de 2012, en especial con lo que tiene que ver con el principio de oportunidad de los usuarios:

Por otro lado, la jurisprudencia ha señalado que cuando un servicio de salud no es prestado prontamente, en virtud del principio de *oportunidad*, a una persona que lo necesita y que ha acreditado tener derecho al mismo, deberá entenderse que se vulnera su derecho a la salud por cuanto *“se le impide acceder en el momento que correspondía a un servicio de salud para poder recuperarse, [lo que implica] una amenaza grave a la salud por cuanto la salud puede deteriorarse considerablemente.”*¹ (Subrayado por el Despacho)

Conforme a lo que antecede el Despacho encuentra oportuno traer a colación lo que ha referido la Corte Constitucional respecto del deber de las EPS de respetar los principios de integralidad, oportunidad y continuidad en la prestación de los servicios de

¹ Ibid.

salud. Reiteración de jurisprudencia. Sentencia T-972 de 2012, en especial con lo que tiene que ver con el principio de oportunidad de los usuarios:

“Por otro lado, la jurisprudencia ha señalado que cuando un servicio de salud no es prestado prontamente, en virtud del principio de oportunidad, a una persona que lo necesita y que ha acreditado tener derecho al mismo, deberá entenderse que se vulnera su derecho a la salud por cuanto “se le impide acceder en el momento que correspondía a un servicio de salud para poder recuperarse, [lo que implica] una amenaza grave a la salud por cuanto la salud puede deteriorarse considerablemente.”²(Subrayado por el Despacho)

Puesto de presente lo anterior y en atención a que la EPS accionada guardó silencio durante el trámite tutelar, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 20 del decreto 2591 de 1991, el Despacho tendrá por ciertos los hechos del escrito de tutela, esto es: que le accionante ha gestionado ante SALUD TOTAL EPS la programación del procedimiento quirúrgico en múltiples oportunidades y que tal omisión ha tenido consecuencias negativas en su estado de salud, situación que le permite entender a este funcionario que no está dentro de los planes de la EPS satisfacer oportunamente el derecho a la salud de MARCO AURELIO LOPEZ TELLEZ.

Por tanto, para el caso que nos ocupa la EPS tiene la obligación imperiosa de cubrir los servicios de salud que garantiza el Sistema General de Seguridad en Salud sin obstáculos ni dilaciones, máxime cuanto el usuario es un sujeto de especial protección constitucional, dada su edad y teniendo en cuenta el tipo de patología que presenta.

En este punto, ha de ponerse de presente que no es menester vincular a la IPS para la que presuntamente se dio la orden, pues no debe olvidar la EPS accionada que el derecho fundamental a la salud, **solo se entiende satisfecho, cuando se materializa la prestación del servicio requerido y que no basta la simple expedición de la autorización**, por lo que no sería de recibo que la EPS enjuiciara o llegara a alegar, por ejemplo, que está haciendo las gestiones administrativas para realizar la contratación o que ya autorizó la práctica del procedimiento, de lo que deriva que no existiendo ninguno vínculo contractual entre una IPS y el afiliado mal podría pretenderse que sea el usuario quien reclame a la IPS por su no atención, **o que deba esperarse a que se realice la contratación o que debe esperar hasta a cuando la IPS pueda o quiera agendar la atención o entregar el medicamento o elemento**, pues el vínculo contractual que existe es entre IPS y la EPS, y ningún vínculo ata al accionante con la IPS que le permita reclamarle a esta última, de lo que SE CONCLUYE que corresponde a la EPS, **DENTRO DE SUS FUNCIONES** de aseguramiento, realizar las gestiones ante sus IPSs contratada(s) o las no contratadas para lograr una atención oportuna de sus afiliados³, es que no debe olvidar la EPS que sus funciones de aseguramiento⁴ **no terminan con la mera expedición de una autorización**⁵, o con las meras gestiones de contratación con una IPS, pues debe recordar la EPS, que su labor también consiste en reclamar a sus IPS contratadas para que el derecho a la salud de sus afiliados se satisfaga de manera oportuna, con lo que es evidente que la EPS accionada está queriendo sustraerse a sus obligaciones como contratante y a su deber legal de hacer las gestiones ante sus IPSs para lograr la atención oportuna de la accionante.

Es que no deben olvidar las EPS que sus funciones de aseguramiento no terminan con la mera expedición de una autorización o con meramente hacer las gestiones para contratar un especialista o una IPS, pero a pesar de eso, aun, insisten en reclamar la satisfacción del derecho a la salud, alegando la expedición de unas autorizaciones, práctica que se ha vuelto común entre las EPSs, o que está haciendo gestiones administrativas, desconociendo que su labor no es de mera **Empresa Autorizadora de Servicios de Salud**, y pretendiendo muchas veces endilgar la responsabilidad a sus IPS contratadas, pues debe recordar la EPS, que su labor también consiste en reclamar a sus IPS contratadas para que el derecho a la salud de sus afiliados se satisfaga, así como es obligación lograr la satisfacción del derecho a la salud de sus afiliados a través de su red interna de IPS o contratando con una externa.

En síntesis, es claro que legalmente es la EPS la obligada, **a realizar las gestiones administrativas para que a través de su red interna de IPSs contratadas o contratando con una externa, en las oportunidades y cantidades se entregue o practique a la accionante** lo prescrito por el médico tratante,

Así las cosas se le ordenará a SALUD TOTAL EPS que realice las gestiones administrativas necesarias, para que dentro del término de los diez (10) días siguientes a la notificación de la presente providencia, se practiquen los procedimientos quirúrgicos y/o servicios de salud que a continuación se relacionan: VALORACIÓN PREANESTESICA, LOBECTOMIA TORASCOPIA PULMONAR TOTAL Y/O CIRUGÍA DE TORAX, ELECTROCARDIOGRAMA DE RITMO O DE SUPERFICIE SOD, HEMOGRAMA IV -HEMOGLOBINA, HEMATOCRITO, RECUENTO DE ERITROCITOS, INDICE ERITROCITOS-, prescritos por el médico tratante, **siempre y cuando persista la necesidad y la condición actual de salud del paciente, así lo indiquen.**

LA FACULTAD DE RECOBRO.

² Ibid.

³ Artículo 178-6 de la ley 100: Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.

⁴ De conformidad con la ley 100 de 1993, dos tipos de funciones deben cumplir las EPSs: a) la gestión del aseguramiento, que incluye el proceso de afiliación, registro y recaudo de cotizaciones, y b) la protección de la salud, en el sentido de que deben desarrollar un **plan de protección de la salud de los beneficiarios que deberá ser garantizado en forma directa o por medio de contratación con terceros.**

⁵ La ley 100 define a las Entidades Promotoras de Salud como entidades de naturaleza pública, privada o mixta, responsables de la afiliación y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones. Su función básica es organizar y **garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio (POS) a los afiliados**

Conviene recordar que NO es menester que el Juez Constitucional en sus fallos de tutela faculte a las EPS (que ante el incumplimiento de sus deberes legales, le ordenó la prestación de un servicio de salud), para efectuar el RECOBRO ante al ADRES o ante el ente territorial, esto porque ya existe, y las EPS la conocen ampliamente, normatividad⁶ que les permite acudir ante el FOSYGA o el ente territorial para reclamar por los gastos en que haya incurrido en la prestación del servicio de salud y que legalmente no esté obligada, independientemente de que los gastos sean producto de una orden de Tutela o como consecuencia de la Autorización de sus CTC.

En síntesis: **EXISTIENDO FACULTAD LEGAL Y REGLAMENTARIA PARA QUE LAS EPS RECOBREN** por los gastos en que hayan incurrido o incurran por el suministro de lo no POS o aquellos gastos en que incurran y legalmente no está obligadas, **no es menester una facultad judicial** para que le EPS recupere dichos gastos, así lo entendió El Tribunal máximo de lo constitucional en la sentencia T-760 de 2008, en la que encontró un estado de cosas inconstitucionales en la prestación del servicio de salud⁷, dio órdenes al FOSYGA en uno de cuyos apartes textualmente señaló:

"No se podrá establecer como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir que en la parte resolutive del fallo de tutela se autorice el recobro ante el FOSYGA o la correspondiente entidad territorial. Bastará con que en efecto se constate que la EPS no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC. Además, por la especial naturaleza de la acción de tutela (protección de derechos fundamentales), al funcionario judicial no le asiste el deber de pronunciarse sobre aspectos que desbordan el análisis ius fundamental."

Agréguese que la misma Corporación en la sentencia T-727 de 2011, sobre el mismo asunto, bien claro le dejo a la aquí accionada que: "(...), Por último, en relación con la orden del recobro al FOSYGA sostiene la Sala, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente fallo, que la entidad demandada, Salud Total E.P.S., tiene la posibilidad de repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, si hubiere lugar, por el valor de los gastos en los que incurra por el suministro de servicios médicos excluidos del POS, en los términos de la ley 1438 de 2011, es decir por el 100% de los costos de los servicios excluido del POS.

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 éstas 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[35].**

Así las cosas, **la Sala se abstendrá de autorizar de manera expresa, a Salud Total E.P.S., para que recobre ante el FOSYGA el valor de los procedimientos, tratamientos, medicamentos que no se encuentran dentro del POS que requiera el paciente y, para el efecto, será suficiente que se establezca que no está obligada ni legal ni reglamentariamente a asumirlos."**

Sobre lo mismo note la accionada la decisión de 22 de mayo de 2012 de la SALA DE CASACIÓN PENAL - SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS⁸ de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en la que además de estudiar el tema de **porque no se debe vincular al ADRES termino REVOCANDO la facultad de recobro que en aquella oportunidad la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, había concedido.**

Dicho lo anterior es innegable, **como ampliamente lo conocen las EPS**, que no es menester que el juez de tutela en su sentencias emita decisión respecto de facultar a las EPS para ir en recobro bien ante el ADRES o bien ante el ente territorial, para reclamar por los gastos en que incurra por suministrar o practicar lo excluido del POS y que legalmente no está obligada, **dado que no es requisito para el pago, que el juez de tutela lo haya ordenado, por tanto no es un requisito que el FOSYGA o el ente territorial, exijan para obtener su reembolso, pues, se repite, las EPS están facultadas legal y reglamentariamente para ir en recobro por los gastos en que incurran y que legalmente no estén obligadas a asumir,** por lo que mal podría la EPS buscando una facultad judicial de recobro desconocer la facultad legal y reglamentaria que ya tiene para dicho fin.

Respecto del recobro, concluye este despacho que las EPSs conociendo que pueden autorizar lo no pos y luego acudir a las acciones que el legislador y el ejecutivo le han diseñado para el recobro y no lo hacen, deja ver que tal vez : a) niegan el servicio no pos solo con la intención de que sea el juez de tutela quien le ordene prestarlo y en consecuencia, **SO PRETEXTO de un presunto desequilibrio económico del sector salud la faculte para el recobro,** o b) que está más interesada en la facultad judicial de recobro, que en la satisfacción al derecho a la salud de sus usuarios y c) que pretende utilizar la acción de tutela en su beneficio y omitir los trámites legales y reglamentarios para el recobro.

⁶ Ha de recordar por ejemplo y no puede desconocerse entre otras, la misma Resolución 1479 del 6 de mayo del 2015 en su artículo 10, la Resolución 4244 de 2015, la 5395 de 2013 y la 458 de 2013 y demás normas que reglamenten modifiquen o complementen el asunto de los reembolsos por prestaciones no pos, siendo **Lo actual, para el régimen contributivo la ley 1753 de 2015 en su artículo 73 y la resolución 1885 de 2018.**

⁷ "La Corte Constitucional emitió la sentencia de tutela T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda) **que pretende arreglar todas las aflicciones que se presentan con una ausencia de legalidad (omisión legislativa) y de política pública que haga frente a la protección del derecho a la salud de los Colombianos** (art. 49 C.N.). Dicho derecho que había sido protegido por conexidad desde la sentencia T-406 de 1992 con relación al derecho a la vida y al mínimo vital, ha sido utilizado masivamente; pues se estima que las 280.000 tutelas que se presentan al año 90.000 de ellas, tienen que ver con el derecho a la salud, para ordenar a las EPS que suministren los medicamentos, tratamientos y operaciones contempladas en los Planes Obligatorio de Salud (POS) existentes, dependiendo si es afiliado por régimen contributivo y subsidiado. Además la tutela ha sido el único mecanismo con que cuentan los ciudadanos para solicitar medicamentos, operaciones y tratamientos no contemplados en los POS cuando se trata de enfermedades catastróficas, cuando se afecta la vida, la dignidad, la imagen entre otras situaciones concretas" tomado de http://www.academia.edu/32271351/AN%C3%81LISIS_DE_LA_IMPORTANCIA_DE_LA_SENTENCIA_T-760_DE_2008 SOBRE EL DERECHO A LA SALUD

⁸ Magistrado Ponente, JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ, Aprobado acta número 194

Por lo expuesto, el **JUZGADO VEINTICINCO CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA**, en nombre de la República y por autoridad de la Ley y actuando como juez constitucional,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas de **MARCO AURELIO LOPEZ TELLEZ** de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a SALUD TOTAL EPS que si aún no lo ha hecho, dentro del término de los diez (10) días siguientes a la notificación de la presente providencia, realice las gestiones administrativas necesarias, para que dentro del mismo término, se practiquen los procedimientos quirúrgicos y/o servicios de salud que a continuación se relacionan: VALORACIÓN PREANESTESICA, LOBECTOMIA TORASCOPIA PULMONAR TOTAL Y/O CIRUGÍA DE TORAX, ELECTROCARDIOGRAMA DE RITMO O DE SUPERFICIE SOD, HEMOGRAMA IV –HEMOGLOBINA, HEMATOCRITO, RECuento DE ERITROCITOS, INDICE ERITROCITOS-, prescritos por el médico tratante, **siempre y cuando persista la necesidad y la condición actual de salud del paciente, así lo indiquen.**

TERCERO: En las condiciones expuestas en la parte motiva de esta providencia, SALUD TOTAL EPS **tiene la facultad legal** para ir en recobro ante el ADRES, por los gastos en que incurra en el cumplimiento de este fallo de tutela y que legalmente no esté obligada a asumir, por la atención en salud de la parte accionante.

CUARTO: NOTIFICAR este fallo a las partes por el medio más expedito, y si no fuere impugnada la presente decisión, remítase a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


PEDRO ARTURO PUERTO ESTUPIÑÁN
JUEZ