

INFORME SECRETARIAL: Bogotá D.C., cinco (05) de mayo de dos mil veintidós (2022). Al Despacho de la señora Juez el expediente **2022 – 00175**, informando que a la fecha se encuentra para resolver la impugnación presentada por la accionada ADRES. Sírvase proveer.

FABIO EMEL LOZANO BLANCO

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**

Bogotá D.C., cinco (05) de mayo de abril de dos mil veintidós (2022).

I. ANTECEDENTES

El señor JOSÉ ALEXANDER BERNAL ARIAS, identificado con la C.C. 74'347.462, actuando en causa propia, interpuso acción de tutela en contra de SANITAS EPS, por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la salud, a la dignidad humana, a la vida digna y a la seguridad social.

Como sustento, informó que tiene 42 años de edad, que es minusválido y se encuentra afiliado a la EPS accionada desde el 1° de agosto de 2019 en calidad de beneficiario. Manifestó que, Keralty Centro Óptico le formuló "*lentes oftálmicos. RX. Monofocal Anteojos. 1. POY. AR.*", los cuales ha solicitado ante llamada a la Litis, los cuales, al no obtenerlos y no contar con los recursos para adquirirlos, ha seguido esforzando la visión en ambos ojos, razón por la cual se verá en un futuro no muy lejano a solicitar una nueva valoración porque va disminuyendo su capacidad de visión.

Expuso que ha recibido respuesta negativa por parte de la entidad de seguridad social accionada y no cuenta con los recursos para adquirir los lentes formulados, dado que por su estado de salud no se encuentra

laborando y no cuenta con ingresos económicos propios, y como consecuencia de ello, debió acudir a la presente acción constitucional, para efectos de que por esta vía se protejan sus derechos fundamentales, y que, en consecuencia, se ordene a la EPS accionada "[...]autorizar y entregar de inmediato: LENTES con las características específicas ordenadas por los médicos tratantes, con cubrimiento del 100%[...]".

II. TRÁMITE Y CONTESTACIÓN

La presente acción de tutela fue admitida por el Juzgado 7° Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C., mediante auto del 7 de febrero de 2022, ordenando **VINCULAR** a la Alcaldía Mayor de Bogotá, a la Secretaría Distrital de Salud, a la Secretaría de Salud de Cundinamarca, a la Superintendencia Nacional de Salud, a la Administradora de Los Recursos del Sistema General de Seguridad Social En Salud-Adres y a Keralty Centro Óptico.

Así, notificados en legal forma se recibió respuesta en los siguientes términos:

La **Secretaría de Salud de Cundinamarca**, indicó que no hace parte de su objeto social garantizar los servicios de salud, y en punto de ello es competencia de la EPS a la que está afiliado el actor.

De otra parte, la **Superintendencia Nacional de Salud**, precisó que esa entidad no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante.

En cuanto al **Ministerio de Salud y Protección Social**, informó que dentro de sus funciones y competencias no se encuentra la prestación de servicios médicos, la inspección, vigilancia y control del sistema de salud, por lo que desconoce los antecedentes que originaron los hechos narrados y por ende las consecuencias indicadas por el accionante.

A su turno, **Sanitas EPS** manifestó que el promotor de la acción presenta astigmatismo y aportó fórmula médica para suministro de "*LENTE CON CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS MONOFOCAL, 1 POLY + AR*"; no obstante, dentro de la orden médica se detalló la necesidad de un filtro antirreflejo, el cual no está cubierto por el PBS.

Por otro lado, **Óptica Colsanitas S.A.S.- Centro Óptico Keralty**, indicó que no tiene responsabilidad alguna frente a lo solicitado por el accionante, en el sentido de que esa IPS, da cumplimiento a las órdenes o remisiones de las empresas con las cuales tiene un contrato o convenio para la prestación de servicios médicos.

La Secretaría Distrital de Salud, solicitó su desvinculación de la presente acción constitucional, toda vez que no se encuentra probada la vulneración de los derechos fundamentales del tutelante por parte de dicha entidad.

Por último, La Administradora de Los Recursos del Sistema General de Seguridad Social En Salud-Adres, **guardó silencio**.

III. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgador de Primera Instancia en sentencia de tutela del 17 de febrero de 2022, accedió al amparo de tutela, así:

"PRIMERO. - TUTELAR los derechos fundamentales a la vida y a la salud del señor José Alexander Bernal Arias, y en consecuencia:

SEGUNDO. - ORDENAR a Sanitas EPS, que en el término máximo de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, suministre al señor José Alexander Bernal Arias, otorgue "lentes oftálmicos. RX. Monofocal Anteojos.1.POY.AR.", en los estrictos términos fijados por los médicos tratantes. Se advierte a Sanitas EPS, que cuenta con la facultad de recobrar los valores correspondientes a las prestaciones que no está legalmente obligada a asumir."

Para arribar a dicha conclusión, consideró que al accionante se le vulneraron los derechos al no suministrar los lentes requeridos y ordenados por el médico tratante y en lo que tiene que ver con la posibilidad que la EPS SANITAS recobre los valores correspondientes se apoyó en la sentencia de la H. Corte Constitucional T-760 de 2008.

IV. LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión, la accionada la **Administradora de Los Recursos del Sistema General de Seguridad Social En Salud - Adres**, impugnó la decisión en lo que respecta a la autorización para que la EPS SANITAS , recobre *“los valores correspondientes a las prestaciones que no está legalmente obligada a asumir.”*, solicitando *“REVOCAR EL NUMERAL SEGUNDO del fallo de tutela proferido dentro de la acción de tutela de la referencia, en el sentido de que no haga referencia al trámite del recobro que la EPS puede presentar ante la ADRES, por cuanto, en ocasión al cambio normativo, la ADRES transfiere periódicamente a las EPS y de manera anticipada, los recursos para el suministro de los servicios o tecnologías financiados y no financiados por la UPC.”*

Como sustento hace un recuento de la normatividad vigente, la creación de la Unidad por Capitación y la no posibilidad de que la EPS recobre dineros a la ADRES por procedimientos, medicamentos o servicios prestados, en atención a que tales valores ya se encuentran incluidos dentro del pago que la entidad hace a través de la UPC.

V. PROBLEMA JURÍDICO

Como problema jurídico, se estudiará si se el Juez Constitucional de Primera Instancia erró al autorizar a la EPS SANITAS a recobrar a la ADRES los valores *“correspondientes a las prestaciones que no está legalmente obligada a asumir.”*,

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

De conformidad con el artículo 86 Superior, el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, el numeral 1° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000 y el artículo 1 del Decreto 333 de 2021, este Despacho es competente para conocer la presente acción constitucional.

2. Del derecho de Recobro de la EPS SANITAS.

Frente al Derecho de recobro autorizado por el Juzgado Constitucional de Primera Instancia, se deben hacer las siguientes precisiones:

El artículo 156 de la Ley 100 de 1993 establece el mecanismo de financiación del Plan Obligatorio de Salud – POS – a través de la Unidad de Pago por Capitación – UPC – y atribuye su definición en los siguientes términos:

"f) Por cada persona afiliada y beneficiaria, la Entidad Promotora de Salud – EPS – recibirá una Unidad de Pago por Capitación – UPC – que será establecida periódicamente por el Consejo Nacional de seguridad Social en Salud; (...)." Entre las funciones del Consejo Nacional de Seguridad Social reguladas por el artículo 172 de la Ley 100 de 1993, se encuentra: "3. Definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación según lo dispuesto en el artículo 182 del presente libro".

A su vez, el artículo 182 del mismo compendio normativo define los criterios con base en los cuales debe ser definido el monto de la UPC así:

"(...) Por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan de Salud Obligatorio para cada afiliado, el Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá a cada Entidad Promotora de Salud un valor per cápita, que se denominará Unidad de Pago por Capitación UPC. Esta Unidad se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud".

A su vez, el gobierno Nacional, en la Ley 1955 de 2019 (Plan de Desarrollo 2018-2022) en su artículo 240, estableció que los servicios y tecnologías no financiados en el Plan de Beneficios en Salud (PBS, antes POS) serán gestionados por las EPS mediante unos techos o presupuestos máximos que les serán transferidos desde la ADRES, en los siguientes términos:

"Art. 240. LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO Y TECNOLOGÍAS NO FINANCIADOS CON CARGO A LOS RECURSOS DE LA UPC.

Los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC serán gestionados por las EPS quienes los financiarán con cargo al techo o presupuesto máximo que les transfiera para tal efecto la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES. El techo o presupuesto máximo anual por EPS se establecerá de acuerdo a la metodología que defina el Ministerio de Salud y Protección Social, la cual considerará incentivos al uso eficiente de los recursos. En ningún caso, el cumplimiento del techo por parte de las EPS deberá afectar la prestación del servicio. Lo anterior, sin perjuicio del mecanismo de negociación centralizada contemplado en el artículo 71 de la Ley 1753 de 2015.

En todo caso, las Entidades Promotoras de Salud - EPS considerarán la regulación de precios, aplicarán los valores máximos por tecnología o servicio que defina el Ministerio de Salud y Protección Social y remitirán la información que éste requiera. La ADRES ajustará sus procesos administrativos, operativos, de verificación, control y auditoría para efectos de implementar lo previsto en este artículo.

PARÁGRAFO. *Las EPS podrán implementar mecanismos financieros y de seguros para mitigar el riesgo asociado a la gestión de los servicios y tecnologías no financiados con cargo a los recursos de la UPC."*

Para reglamentar el mencionado artículo fueron expedidas las Resoluciones 205 y 206 de 2020 por el Ministerio de Salud y Protección Social.

En la primera, se establece la reglamentación de dichos techos, los cuales se pueden resumir de la siguiente manera:

- Las EPS recibirán mensualmente un monto determinado para gestionar los servicios y tecnologías no incluidos en el PBS y serán las encargadas del trámite de los servicios o tecnologías no PBS, desde la formulación u ordenación de estas hasta su entrega.

- Estos servicios o tecnologías financiados por los techos son medicamentos, procedimientos, alimentos para propósitos médicos especiales (APME) y servicios complementarios. Los anteriores deben ser ordenados o formulados de conformidad con las indicaciones de estos definidas por el INVIMA.
- Define la metodología para establecer los presupuestos máximos, basada en la información suministrada por la ADRES, de conformidad con el gasto del año inmediatamente anterior.
- El monto definido para cada EPS será girado dentro de los primeros diez días de cada mes, exceptuando el primer mes después de expedida la resolución que fije los techos, que será girado en los diez últimos días.
- Establece que los presupuestos máximos pueden ser ajustados por traslados de pacientes entre EPS, por cumplimiento de indicadores por parte de las EPS o por solicitud de estas.
- Las EPS son las encargadas de garantizar que no se sobrepasen los presupuestos máximos.
- La ADRES es la encargada de verificar que los presupuestos máximos se cumplan y publicará los datos de los pagos realizados a EPS, IPS y proveedores.

De igual forma se establecen excepciones:

- Aquellas tecnologías en salud y servicios financiados con recursos de la UPC u otras fuentes de financiación, tales como salud pública, riesgos laborales, entre otros.
- Los medicamentos clasificados por el INVIMA como *vitales no disponibles* y que no tengan definido un valor de referencia.
- Los medicamentos adquiridos por compra centralizada o por acuerdos de riesgo compartido según lo determine este Ministerio.
- Medicamentos que contengan el principio activo Nusinersen.
- Los medicamentos que se incluyan en normas farmacológicas y no tengan alternativa terapéutica respecto a los medicamentos

existentes en el país. Lo anterior hasta que se defina su financiación mediante el presupuesto máximo.

- El medicamento que requiera la persona que sea diagnosticada por primera vez con una enfermedad huérfana durante la vigencia del presupuesto máximo.
- Los servicios y tecnologías en salud expresamente excluidas o aquellas que cumplan alguno de los criterios establecidos en el artículo 15 de la Ley 1751 del 2015, salvo los ordenados por autoridad judicial.
- Los procedimientos en salud nuevos en el país hasta tanto el Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud revise su real efectividad.
- Los servicios complementarios que no estén asociados a una condición en salud y que no sean prescritos por profesional de la salud, autorizados u ordenados por autoridad competente, o que por su naturaleza deban ser cubiertos por fuentes de otros sectores, o que correspondan a los determinantes en salud de conformidad con el artículo 9 de la Ley 1751 de 2015.

Acorde con lo anterior, es claro que en el proceso de autorización y pago de las tecnologías no PBS, las cuales ahora están a cargo de las EPS, está ya incluido en el valor mensual que recibe cada entidad por la UPC sin necesidad de presentar facturas a la ADRES, garantizando a su vez que los servicios o tecnologías NO PBS sean recibidos por los pacientes, y respondiendo por el pago de estas a las IPS o proveedores que las suministren.

Así las cosas y teniendo en cuenta que el sistema de salud colombiano es de aseguramiento, es posible señalar que el riesgo que antes asumía el estado a través de la ADRES con relación a las tecnologías y servicios no PBS, es ahora trasladado a las EPS, quienes a su vez tendrán que asumir la responsabilidad de garantizar su entrega a los pacientes y el pago a quienes los presten o suministren.

La H. Corte Constitucional en sentencia T-038 del 2022 señaló frente a este aspecto:

"En este punto, es importante precisar que la expedición de la Resolución que actualiza integralmente el Plan de Beneficios en

Salud con cargo a la UPC, no tiene por objeto definir expresamente los servicios y tecnologías que hacen parte del Plan de Beneficios -pues ello sería inconstitucional, tal como fue señalado por la Corte-, sino aquellos que serán financiados con el mecanismo de protección colectiva del derecho, esto es, la UPC, mientras que los servicios y tecnologías que no se encuentren allí contenidos serán financiados con el mecanismo de protección individual, esto es, actualmente el sistema de techos y en parte el sistema de recobros. Por ello, no puede entenderse que los servicios y tecnologías que no se encuentran financiados con el mecanismo de protección colectiva – UPC – no hacen parte del Plan de Beneficios, en tanto ello sólo puede predicarse de las tecnologías expresamente excluidas, de conformidad con lo previsto en el citado artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.”

3. Caso en concreto.

Descendiendo al caso en concreto se tiene que el *A-quo* amparó los derechos del actor, y ordenó a Sanitas EPS, suministrara al señor José Alexander Bernal Arias, los "*lentes oftálmicos. RX. Monofocal Anteojos.1.POY.AR.*", y en el numeral segundo en su parte final la autorizó a recobrar los valores correspondientes a las prestaciones que no está legalmente obligada a asumir.

Para arribar a la decisión, analizó el Derecho fundamental a la Salud, el principio de continuidad en la prestación de los servicios de salud y el cubrimiento de insumos no incluidos en el plan de beneficios, señalando que la H. Corte Constitucional ha precisado que el derecho a la salud, por su complejidad, suele estar sujeto a restricciones presupuestales y que la escasez de recursos disponibles o la complejidad de las gestiones administrativas, no justifican la creación de barreras administrativas que obstaculicen la implementación de medidas que aseguren la prestación continua y efectiva de los servicios asistenciales que requiere la población y con apoyo en la Sentencia T-034 del 2012 amparó los derechos fundamentales y ordenó la entrega de los lentes al actor y autorizó a la EPS SANITAS recobrar el valor de los mismos, al no estar incluidos dentro del P.B.S.

Si bien es cierto la H. Corte Constitucional ha sido reiterativa en señalar que las entidades de seguridad social no pueden negar los tratamientos o el suministro de medicamentos o servicios a los pacientes en cualquiera

de los dos regímenes, el contributivo o el subsidiado, también lo es, que ello aconteció antes de la expedición de la Ley 1955 del 2019, puesto que a partir de su entrada en vigencia, ya no se autorizan los recobros, toda vez que aquellos procedimientos, medicamentos o en el caso de autos, los lentes requeridos por el actor, están incluidos dentro de los pagos que por concepto de UPC la ADRES le ha girado previamente y acorde a los pisos presupuestales pertinentes.

Circunstancia distinta, si el medicamento, procedimiento o tecnología está dentro de las excepciones señaladas en la resolución del Ministerio de Salud, aspecto que no se demostró por la EPS en el caso que nos ocupa, por tanto, no es posible autorizar el recobro frente al suministro de los lentes ordenados en la Sentencia de Primera instancia, máxime cuando la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para debatir dicha controversia, al ser de índole netamente económico y existir otros mecanismos legales para el fin.

En consecuencia, el Juzgado revocará el inciso final del numeral SEGUNDO de la parte resolutive del fallo impugnado mediante el cual se señaló que: *"Se advierte a Sanitas EPS, que cuenta con la facultad de recobrar los valores correspondientes a las prestaciones que no está legalmente obligada a asumir."*

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

- PRIMERO:** **REVOCAR** el inciso final del numeral SEGUNDO de la parte resolutive del fallo impugnado proferido por el Juzgado 7º Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, mediante el cual se señaló que: *"Se advierte a Sanitas EPS, que cuenta con la facultad de recobrar los valores correspondientes a las prestaciones que no está legalmente obligada a asumir."*
- SEGUNDO:** **NOTIFICAR** la presente providencia a las partes a través de correo electrónico, de conformidad de conformidad con el Acuerdo PCSJA2011632 expedido

por el Consejo Superior de la Judicatura y en atención a la situación sanitaria del país por la enfermedad denominada COVID-19.

TERCERO: **ENVIAR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,



YUDY ALEXANDRA CHARRY SALAS

Lcvg/