



**JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO
CERETÉ**

Cereté, Córdoba, doce (12) de febrero de dos mil veinte (2020)

RADICADO	23-686-40-89-001-2019-00347-01
PROCESO	ACCIÓN DE TUTELA EN 2ª INSTANCIA
ACCIONANTE	LILIANA DEL CARMEN PEREZ BANDA
ACCIONADO	COMPARTA E.P.S-S

I. ASUNTO A DECIDIR

En esta oportunidad procede el despacho a dirimir la impugnación del fallo de acción de tutela proferido por el JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE SAN PELAYO – CÓRDOBA, adiado 21 de enero de 2020, interpuesto oportunamente por la parte accionada.

II. SITUACIÓN FÁCTICA PLANTEADA

Instaura acción de tutela el accionante alegando que, se encuentra afiliado a COMPARTA EPS-S, actuando como agente oficioso de su hijo menor de edad (4 años) al cual le diagnosticaron DEFORMIDAD EN VALGO NO CLASIFICADA EN OTRA PARTE, resultados que fueron dados en el Hospital San Diego en cerete-córdoba que su médico tratante le ordeno unas BOTAS ORTOPEDICAS, también menciona que este es la única opción para llevar un buen tratamiento, solicito la entrega de lo recetado por el médico tratante por medio de una petición dirigida a la EPS, la cual no se pronunció al respecto.

III. PRETENSIONES Y DERECHOS CUYA PROTECCIÓN INVOCA

Solicita LILIANA DEL CARMEN PEREZ BANDA que se amparen sus derechos fundamentales y consecuentemente se ordene a COMPARTA EPS-S autorizar la entrega de las BOTAS ORTOPEDICAS que fueron ordenadas por el médico tratante.

IV. ACTUACIONES RELEVANTES EN PRIMERA INSTANCIA

Presentada la tutela ante el Juzgado Promiscuo municipal de San Pelayo, mediante auto de fecha 13 de enero del 2.020, la admitió y corrió traslado por el término de tres (02) días al accionado, tuvo como pruebas las allegadas con la presentación de la acción constitucional y otros.

V. CONTESTACIÓN

Posteriormente, en fecha de 16 de enero del 2.020 y dentro del término judicial de traslado, el accionado a través de apoderado judicial dio contestación, manifestando que

Rad. # 23-162-40-89-002-2019-00728-01

le compete autorizar todo lo que el paciente requiera y que se encuentre en el PBS y los demás eventos como de autorizar las BOTAS ORTOPÉDICAS le corresponde a la Secretaria de Desarrollo de la Salud de Córdoba, que si bien es un paciente con diagnóstico de DEFORMIDAD EN VALGO NO CLASIFICADA EN OTRA, aquella pretensión se encuentra excluida del POS, solicita declarar improcedente la tutela o desvincular a COMPARTA EPS-S y que de ser procedente la tutela se vincule y ordene a la entidad obligada por mandato legal, la Secretaria de Desarrollo de la Salud de Córdoba prestar los servicios NO PBS-S y los excluidos de PBS.

VI. FALLO IMPUGNADO

Concluido lo anterior, la Juez de primera instancia, el día 21 de enero de 2020, profirió sentencia de tutela, hoy objeto de impugnación, mediante la cual tuteló los derechos fundamentales esgrimidos por la parte accionante.

Sustenta la juez de primera instancia, en resumen, que COMPARTA EPS.-S está vulnerando los derechos fundamentales del accionante, el niño EYTAN ARGEL PEREZ se encuentra en especial protección constitucional ya que el núcleo familiar al que pertenece el menor carece de recursos económicos para sufragar el valor del servicio prescrito y por padecer DEFORMIDAD EN VALGO, Eso implica que se le otorgue el tratamiento impuesto por su médico, por lo tanto se ORDENA a COMPARTA EPS-S suministrar a EYTAN ARGEL PEREZ las BOTAS ORTOPÉDICAS (TACON THOMAS-ELEVACION DE ARCO LONGITUD DE 12 MM Y DEL BORDE INTERNO DEL RETROPIE DE 4 MM.)

VII. MOTIVOS DE INCONFORMIDAD DEL APELANTE

Una vez proferido el fallo de tutela, fue impugnado por el representante judicial de la parte accionada, quien manifestó en resumen lo siguiente:

La parte accionante mediante escrito adiado 22 de enero de 2020 (f. 74) impugnó el fallo proferido por la Juez A-Quo, alegando que lo ordenado en el fallo se encuentra fuera del plan obligatorio de salud, alega que el suministro esta en cabeza del ente territorial- SECRETARIA DE DESARROLLO DE LA SALUD DE CÓRDOBA.

VIII. CONSIDERACIONES

Problema jurídico planteado: de los hechos y las pretensiones relatadas por el actor y en la sustentación de la impugnación, es preciso establecer si en el caso particular, es procedente la acción de tutela para ordenar a la EPS COMPARTA el suministro del tratamiento antes mencionados y servicios que no estén a cargo de la UPC, ordenados por el médico tratante.

Habiendo desentrañado el problema jurídico sobre el cual ahondará este despacho su estudio, para llegar a ello, es menester precisar aspectos relevantes sobre la acción constitucional en ciernes.

Así las cosas, se tiene que la Acción de Tutela consagrada en el artículo 86 de nuestra Carta Política y desarrollada por los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000, tiene por objeto¹ reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale el Decreto 2591 de 1991.

Procedencia de la acción de la acción de tutela para exigir el derecho a la salud. La Corte Constitucional reconoció en la sentencia T-760 de 2008² el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo. Desde entonces, la jurisprudencia ha sido consistente y uniforme al señalar que la exigibilidad de este derecho por vía de tutela no requiere demostrar la conexidad con otro derecho fundamental. Recientemente, la ley estatutaria 1751 de 2015 regulo el derecho fundamental a la salud en el sistema jurídico colombiano. Ahora bien, dicha exigibilidad se predica; en principio, respecto de los contenidos consagrados en el Plan Obligatorio de Salud (POS), que establece el conjunto de pretensiones que debe satisfacerse y garantizar las entidades promotoras de salud (EPS)”

Con respecto a la subsidiaridad de la acción de tutela para reclamar el derecho a la salud y la seguridad social, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, deben agotarse otros mecanismos de defensa judicial; sin embargo, se tiene que la protección y garantía del derecho fundamental a la salud, luego de que la EPS responda negativamente a las solicitudes de los pacientes o bien sea haga caso omiso o sea negligente, estos no cuentan con otro mecanismos para demandar su protección y obtener el amparo que garantice el goce efectivo de sus derecho, de manera eficaz, rápida e idónea, sin embargo la superintendencia de salud tiene una función jurisdiccional que la faculta para “conocer y fallar un derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez en los siguientes asuntos: a) coberturas de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de la salud cuando sea negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se le asimilen, pongan en riesgo o amenace la salud del usuario; que conforme al artículo 41 de la ley 1122 de 2007”. De manera que, ese también es un mecanismo idóneo para dirimir este tipo de controversias, pero cuando la urgencia no da espera, porque la negativa, negligencia u omisión de la empresa está tropezando el derecho a la salud del usuario, así como del acceso a esta, pese a la jurisdicción de la superintendencia, la acción de tutela se convierte en el mecanismo efectivo y rápido del reclamo y en sí, del camino a la materialización del derecho.

En consecuencia de lo anterior, la corte admitió que la acción de tutela es el medio judicial procedente, eficaz e idóneo que tienen los accionantes para exigir la garantía efectiva de sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social y concluyo que procede para que los ciudadanos presenten al juez las situaciones que encuent5ran vulneradoras o amenazantes a la vida digna, a la salud y a la seguridad social.

¹ Ver artículo 1º del Decreto 2591 de 1991 Por medio del cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política

Inaplicación del plan de beneficios con cargo a la UPC (antes POS). La exigibilidad de medicamentos, elementos y servicios médicos esta supedita, en principio, a que forme parte del plan de beneficios con cargo a la UPC, sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido consistente y uniforme al establecer que “ le corresponde al juez de tutela determinar si la aplicación exegética de la normatividad que regula el POS en cuanto a aquellos servicios, medicamentos y elementos no incluidos conlleva a una amenaza o vulneración de los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social. En ese escenario, el juez de tutela debe inaplicar en el caso concreto dicha reglamentación con el fin de garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales que podrían verse vulnerados”. Es decir que en esos casos tiene lugar la aplicación directa de la constitución y en consecuencia, debe concederse el suministro del medicamento, servicio o el elemento solicitado por el paciente.

Lo mencionado previamente también aplica cuando se trata del suministro de elementos o servicios que se estiman esenciales para “preservar el goce de una vida en condiciones dignas y justas de quien lo requiere con urgencia y en este sentido, permite el efectivo ejercicio de los demás derechos fundamentales.”. Ello a pesar carezcan en estricto sentido de la calidad del medicamento o atención en salud y aun cuando no parecieran estar íntimamente ligados a la salud, se debe estudiar la incidencia que el servicio tenga sobre esta.

De manera que, “ el goce efectivo del derecho fundamental a la salud no se refiere únicamente a la garantía de medicamentos y procedimientos considerados científicamente como vitales, sino que también incluye el acceso a aquellos elementos y servicios necesarios para que el ser humano pueda mantener una normalidad orgánica funcional, tanto física como mental. Esta concepción del derecho a la salud hace explícita su relación con el principio de dignidad humana; de acuerdo con el que, se debe “garantizar al individuo una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales.

Tal y como se afirmó en la sentencia T-003 de 2015 que acogió lo dispuesto en la T-760 de 2008, “la Corte ha reiterado que cuando los servicios médicos no contemplados en el POS sean requeridos con necesidad, la EPS tiene el deber constitucional de garantizar su suministro” ello supone, que el juez de tutela debe inaplicar para el caso en concreto la reglamentación del plan de salud y aplicar directamente la constitución con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la seguridad social.

En jurisprudencia pacífica y uniforme, la corporación citada ha aplicado los siguientes criterios para determinar si es procedente ordenar servicios excluidos del plan de beneficios: (i) la falta del tratamiento vulnera o amenaza el derecho a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; (ii) este tratamiento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS; (iii) el interesado no puede directamente costear el tratamiento ni las sumas que la EPS se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no puede acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el tratamiento

ha sido prescrito por un médico adscrito a la EPS de quien se está solicitando el tratamiento”.

Aplicando los criterios antes citados y el estudio del caso en particular este despacho considera que se cumplen los 4 presupuestos para declarar procedente la ordenanza de los medicamentos o tratamientos excluidos del POS, si no se lleva a cabo este tratamiento la condición física y moral del niño EYTAN ARGEL PEREZ, vulnera el derecho a la vida y a la integridad física; ya fue probado de que este es el único tratamiento que puede mejorar la situación de menor, por tanto no puede ser sustituido por otro tratamiento; el núcleo familiar en el que se encuentra el niño EYTAN ARGEL PEREZ, no tiene la capacidad económica para sufragar dicho tratamiento, ya que se encuentran afiliada al sistema de selección de beneficiarios para programas sociales; y como se prueba a folio nueve (9) el tratamiento ha sido prescrito por un médico adscrito a COMPARTA EPS-S.

Prescripción del médico tramitante; la Corte ha sido enfática en decantar el alcance de las ordenes provenientes del médico tratante, en los siguientes términos: “ el dictamen del médico tratante respecto a un servicio de salud que requiere un determinado paciente, debe prevalecer sobre el concepto del comité técnico científico y de cualquier otro miembro de la EPS, inclusive sobre la opinión de otro profesional en la salud puesto que el medico es un profesional científicamente califica y es quien mejor conoce la condición de salud del paciente, la negación por parte del CTC de una prestación de servíos de salud ordenada por el médico tratante solo es constitucionalmente legitima bajo el supuesto que esté presente un concepto solido apoyado en la Historia Clínica del paciente, científicamente sustentado con las opiniones de expertos en la respectiva especialidad del médico tratante que ordeno el servicio de salud y en el cual se hayan estipulado claramente las razones por las cuales ese determinado servicio de salud ordenado no es científicamente pertinente o adecuado

Al caso en concreto. Pues bien, la impugnación interpuesta está dirigida con miras a derrumbar las concesiones de los medicamentos, tratamientos y servicios no incluido en el plan de beneficios bajo el argumento de los mismos están excluidos de la resolución 5269 de 2017.

En ciernes, se encuentra probado en el plenario que la agenciada es un niño, actualmente con 4 años de edad (ver folio 5), así mismo de la Historia Clínica que se encuentra en el folio 8 del cuaderno de primera instancia, se vislumbra que su estado de salud es crítico, igualmente está demostrado, como se observa en el folio 19 que el médico tratante como plan a seguir, prescribió BOTAS ORTOPEDICAS (TACON THOMAS-ELEVACION DE ARCO LONGITUD DE 12 MM Y DEL BORDE INTERNO DEL RETROPIE DE 4 MM.). Aunado a lo anterior en el plenario se aprecia que el accionante se encuentra afiliado al régimen subsidiado, lo que presume su incapacidad económica y la del nucleó familiar (ver folio 8), situación que, sumada a su enfermedad diagnosticada y a su edad, estructuran las condiciones que hacen merecer su estatus de **SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL**.

Visto de esta forma, es procedente la inaplicación del plan de beneficios, y como consecuencia de ello es prudente que los gastos sean asumidos de manera directa por el estado y a través de COMPARTA EPS, quien tiene a su cargo el servicio a la salud del agenciado EYTAN ARGEL PEREZ, entidad que en todo caso dispone del recobro y que dicho sea de paso, no puede ordenarse al ente territorial a través de sentencia judicial por cuanto al ministerio de salud y protección social, por medio de la resolución 3951 de 2016, previo un mecanismo para reconocer el cobro de los servicios sin cobertura y regulo el procedimiento para hacer efectivo el pago por parte de las entidades territoriales departamentales y distritales a los prestadores de servicio de salud, por los servicios y tecnologías sin coberturas en el Plan de Beneficios en Salud.

Puesta, así las cosas, para este despacho es claro que, en el caso particular, concurren los requisitos para **inaplicar el Plan Obligatorio de Salud y por lo cual se confirmara la decisión impugnada en este despacho.**

Siendo coherentes con lo expuesto el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cereté administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la constitución;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo impugnado por COMPARTA E.P.S.-S de fecha 21 de enero de 2020 proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de San Pelayo, por lo previamente expuesto.

SEGUNDO: NOTIFIQUESE a los interesados por el medio más expedito esta decisión.

TERCERO: ORDENASE el envío de la presente tutela a la **CORTE CONSTITUCIONAL** para su eventual revisión, conforme el artículo, 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


OSWALDO MARTÍNEZ PEREDO
JUEZ