



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO

Oficio **566**

Yolombó, Antioquia, 21 de Abril de 2020

Doctor
JAIME MIGUEL GONZALEZ MONTAÑO
Representante Legal
COOSALUD EPSS
notificacioncoosaludeps@coosalud.com
Medellin

RADICADO	05890 40 89 001 - 2020-00051-01
TRÁMITE	Constitucional de tutela
ACCIONANTE	SINDY ALEXANDRA ARANGO CALLEJAS
AFECTADO	Menor DAVID ALEJANDRO TABORDA ARANGO
ACCIONADO	COOSALUD EPSS - SECRETARIA SECCIONAL DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL DE ANTIOQUIA
VINCULADOS	ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE YOLOMBO - IPS FUNDACION CLINICA NOEL
Sentencia Segunda Instancia N°005	CONFIRMA

Mediante el presente oficio nos permitimos informarle que en la acción de tutela de la referencia se ha tomado la siguiente decisión:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia de 09 de marzo de 2020 proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Yolombo, que **DECLARO HECHO SUPERADO**, reconociendo Tratamiento Integral para el menor DAVID ALEJANDRO TABORDA ARANGO, no solo por su diagnóstico **ENCOPRESIS NO ORGANICA**, sino también todos los que se desprendan de éste, los que perentoriamente y sin excepción alguna, incluyan la prestación de cualquier servicio médico tanto POS como NO POS, que requiera el accionante – afectado, supeditado a lo que el médico tratante vaya definiendo u ordenando en cada fase de su tratamiento y mientras se encuentre el vinculo contractual entre las partes, y **OTORGANDO** facultades a la EPS-S para ejercer los trámites necesarios y obtener recobro de los servicios que no se encuentren incluidos en el POS ante la SSSYPA, sin indicar el porcentaje en el recobro, por las razones ya expuestas en esta providencia..

SEGUNDO.- DISPONER las notificaciones a las partes, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

TERCERO. REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión...**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE...JOSE FOCION DE N. SOTO BURITICA...EL JUEZ (Fdo)**

Atentamente


MONICA ECHEVERRI VELASQUEZ
Secretaria



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO PROMISCOO DEL CIRCUITO

Oficio **567**
Yolombó, Antioquia, 21 de Abril de 2020

Doctora
MARTHA CECILIA RUIZ ALZATE
JUEZ PROMISCOO MUNICIPAL
J01prmpalyolombo@cendoj.ramajudicial.gov.co
Yolombo – Ant-

RADICADO	05890 40 89 001 - 2020-00051-01
TRÁMITE	Constitucional de tutela
ACCIONANTE	SINDY ALEXANDRA ARANGO CALLEJAS
AFECTADO	Menor DAVID ALEJANDRO TABORDA ARANGO
ACCIONADO	COOSALUD EPSS – SECRETARIA SECCIONAL DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL DE ANTIOQUIA
VINCULADOS	ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE YOLOMBO – IPS FUNDACION CLINICA NOEL
Sentencia Segunda Instancia N°005	CONFIRMA

Mediante el presente oficio nos permitimos informarle que en la acción de tutela de la referencia se ha tomado la siguiente decisión:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia de 09 de marzo de 2020 proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Yolombo, que DECLARO HECHO SUPERADO, reconociendo Tratamiento Integral para el menor DAVID ALEJANDRO TABORDA ARANGO, no solo por su diagnóstico ENCOPRESIS NO ORGANICA, sino también todos los que se desprendan de éste, los que perentoriamente y sin excepción alguna, incluyan la prestación de cualquier servicio médico tanto POS como NO POS, que requiera el accionante – afectado, supeditado a lo que el médico tratante vaya definiendo u ordenando en cada fase de su tratamiento y mientras se encuentre el vínculo contractual entre las partes, y OTORGANDO facultades a la EPS-S para ejercer los trámites necesarios y obtener recobro de los servicios que no se encuentren incluidos en el POS ante la SSSYPA, sin indicar el porcentaje en el recobro, por las razones ya expuestas en esta providencia..

SEGUNDO.- DISPONER las notificaciones a las partes, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

TERCERO. REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión...**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE...JOSE FOCION DE N. SOTO BURITICA...EL JUEZ (Fdo)**

Atentamente


MONICA ECHEVERRI VELASQUEZ
Secretaria



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO

Oficio 568
Yolombó, Antioquia, 21 de Abril de 2020

Señora
SINDY ALEJANDRA ARANGO CALLEJAS
Yolombo – Ant-

RADICADO	05890 40 89 001 - 2020-00051-01
TRÁMITE	Constitucional de tutela
ACCIONANTE	SINDY ALEXANDRA ARANGO CALLEJAS
AFFECTADO	Menor DAVID ALEJANDRO TABORDA ARANGO
ACCIONADO	COOSALUD EPSS – SECRETARIA SECCIONAL DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL DE ANTIOQUIA
VINCULADOS	ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE YOLOMBO – IPS FUNDACION CLINICA NOEL
Sentencia Segunda Instancia N°005	CONFIRMA

Mediante el presente oficio nos permitimos informarle que en la acción de tutela de la referencia se ha tomado la siguiente decisión:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia de 09 de marzo de 2020 proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Yolombo, que **DECLARO HECHO SUPERADO**, reconociendo **Tratamiento Integral** para el menor **DAVID ALEJANDRO TABORDA ARANGO**, no solo por su diagnóstico **ENCOPRESIS NO ORGANICA**, sino también todos los que se desprendan de éste, los que perentoriamente y sin excepción alguna, incluyan la prestación de cualquier servicio médico tanto **POS** como **NO POS**, que requiera el accionante – afectado, supeditado a lo que el médico tratante vaya definiendo u ordenando en cada fase de su tratamiento y mientras se encuentre el vínculo contractual entre las partes, y **OTORGANDO** facultades a la **EPS-S** para ejercer los trámites necesarios y obtener recobro de los servicios que no se encuentren incluidos en el **POS** ante la **SSSYP**A, sin indicar el porcentaje en el recobro, por las razones ya expuestas en esta providencia..

SEGUNDO.- DISPONER las notificaciones a las partes, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

TERCERO. REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión...**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE...JOSE FOCION DE N. SOTO BURITICA...EL JUEZ (Fdo)**

Atentamente


MONICA ECHEVERRI VELASQUEZ
Secretaria



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO

Oficio **569**
Yolombó, Antioquia, 21 de Abril de 2020

Doctora
LINA MARIA BUSTAMANTE SANCHEZ
SECRETARIA SECCIONAL DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL DE ANTIOQUIA

Medellin

RADICADO	05890 40 89 001 - 2020-00051-01
TRÁMITE	Constitucional de tutela
ACCIONANTE	SINDY ALEXANDRA ARANGO CALLEJAS
AFECTADO	Menor DAVID ALEJANDRO TABORDA ARANGO
ACCIONADO	COOSALUD EPSS - SECRETARIA SECCIONAL DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL DE ANTIOQUIA
VINCULADOS	ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE YOLOMBO - IPS FUNDACION CLINICA NOEL
Sentencia Segunda Instancia N°005	CONFIRMA

Mediante el presente oficio nos permitimos informarle que en la acción de tutela de la referencia se ha tomado la siguiente decisión:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia de 09 de marzo de 2020 proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Yolombo, que **DECLARO HECHO SUPERADO**, reconociendo **Tratamiento Integral** para el menor **DAVID ALEJANDRO TABORDA ARANGO**, no solo por su diagnóstico **ENCOPRESIS NO ORGANICA**, sino también todos los que se desprendan de éste, los que perentoriamente y sin excepción alguna, incluyan la prestación de cualquier servicio médico tanto **POS** como **NO POS**, que requiera el accionante – afectado, supeditado a lo que el médico tratante vaya definiendo u ordenando en cada fase de su tratamiento y mientras se encuentre el vínculo contractual entre las partes, y **OTORGANDO** facultades a la **EPS-S** para ejercer los trámites necesarios y obtener recobro de los servicios que no se encuentren incluidos en el **POS** ante la **SSSYP**A, sin indicar el porcentaje en el recobro, por las razones ya expuestas en esta providencia..

SEGUNDO.- DISPONER las notificaciones a las partes, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

TERCERO. REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión...**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE...JOSE FOCION DE N. SOTO BURITICA...EL JUEZ (Fdo)**

Atentamente


MONICA ECHEVERRI VELASQUEZ
Secretaría



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO

Oficio **570**
Yolombó, Antioquia, 21 de Abril de 2020

Doctor
JUAN CARLOS RIVERA USUGA
REPRESENTANTE LEGAL
ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE YOLOMBO
esehospitalyolombo@gmail.com
Yolombo – Ant-

RADICADO	05890 40 89 001 - 2020-00051-01
TRÁMITE	Constitucional de tutela
ACCIONANTE	SINDY ALEXANDRA ARANGO CALLEJAS
AFECTADO	Menor DAVID ALEJANDRO TABORDA ARANGO
ACCIONADO	COOSALUD EPSS – SECRETARIA SECCIONAL DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL DE ANTIOQUIA
VINCULADOS	ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE YOLOMBO – IPS FUNDACION CLINICA NOEL
Sentencia Segunda Instancia N°005	CONFIRMA

Mediante el presente oficio nos permitimos informarle que en la acción de tutela de la referencia se ha tomado la siguiente decisión:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia de 09 de marzo de 2020 proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Yolombo, que **DECLARO HECHO SUPERADO**, reconociendo **Tratamiento Integral** para el menor **DAVID ALEJANDRO TABORDA ARANGO**, no solo por su diagnóstico **ENCOPRESIS NO ORGANICA**, sino también todos los que se desprendan de éste, los que perentoriamente y sin excepción alguna, incluyan la prestación de cualquier servicio médico tanto **POS** como **NO POS**, que requiera el accionante – afectado, supeditado a lo que el médico tratante vaya definiendo u ordenando en cada fase de su tratamiento y mientras se encuentre el vínculo contractual entre las partes, y **OTORGANDO** facultades a la **EPS-S** para ejercer los trámites necesarios y obtener recobro de los servicios que no se encuentren incluidos en el **POS** ante la **SSSYPA**, sin indicar el porcentaje en el recobro, por las razones ya expuestas en esta providencia..

SEGUNDO.- DISPONER las notificaciones a las partes, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

TERCERO. REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión...**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE...JOSE FOCION DE N. SOTO BURITICA...EL JUEZ (Fdo)**

Atentamente


MONICA ECHEVERRI VELASQUEZ
Secretaria



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO PROMISCOO DEL CIRCUITO

Oficio 571
Yolombó, Antioquia, 21 de Abril de 2020

Doctora
MONICA VELASQUEZ ORTEGA
REPRESENTANTE LEGAL
IPS FUNDACION CLINICA NOEL
juridica@clinicanoel.org.co
Medellin

RADICADO	05890 40 89 001 - 2020-00051-01
TRÁMITE	Constitucional de tutela
ACCIONANTE	SINDY ALEXANDRA ARANGO CALLEJAS
AFECTADO	Menor DAVID ALEJANDRO TABORDA ARANGO
ACCIONADO	COOSALUD EPSS – SECRETARIA SECCIONAL DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL DE ANTIOQUIA
VINCULADOS	ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE YOLOMBO – IPS FUNDACION CLINICA NOEL
Sentencia Segunda Instancia N°005	CONFIRMA

Mediante el presente oficio nos permitimos informarle que en la acción de tutela de la referencia se ha tomado la siguiente decisión:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia de 09 de marzo de 2020 proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Yolombo, que **DECLARO HECHO SUPERADO**, reconociendo Tratamiento Integral para el menor DAVID ALEJANDRO TABORDA ARANGO, no solo por su diagnóstico ENCOPRESIS NO ORGANICA, sino también todos los que se desprendan de éste, los que perentoriamente y sin excepción alguna, incluyan la prestación de cualquier servicio médico tanto POS como NO POS, que requiera el accionante – afectado, supeditado a lo que el médico tratante vaya definiendo u ordenando en cada fase de su tratamiento y mientras se encuentre el vínculo contractual entre las partes, y **OTORGANDO** facultades a la EPS-S para ejercer los trámites necesarios y obtener recobro de los servicios que no se encuentren incluidos en el POS ante la SSSYPA, sin indicar el porcentaje en el recobro, por las razones ya expuestas en esta providencia..

SEGUNDO.- DISPONER las notificaciones a las partes, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

TERCERO. REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión...**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE...JOSE FOCION DE N. SOTO BURITICA...EL JUEZ (Fdo)**

Atentamente


MONICA ECHEVERRI VELASQUEZ
Secretaria



JUZGADO PROMISCUO DEL CIRCUITO
YOLOMBO, VEINTE (20) DE ABRIL DE DOS MIL VEINTE

RADICADO	05890 40 89 001 - 2020-00051-01
TRÁMITE	Constitucional de tutela
ACCIONANTE	SINDY ALEXANDRA ARANGO CALLEJAS
AFFECTADO	Menor DAVID ALEJANDRO TABORDA ARANGO
ACCIONADO	COOSALUD EPSS – SECRETARIA SECCIONAL DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL DE ANTIOQUIA
VINCULADOS	ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE YOLOMBO – IPS FUNDACION CLINICA NOEL
Sentencia N°005	CONFIRMA

Se decide la impugnación interpuesta frente al fallo de primera instancia en la acción de tutela planteada por **SINDY ALEXANDRA ARANGO CALLEJAS** identificada con c.c. 1.075.227.317, en ejercicio de la patria potestad ejercida sobre su hijo **menor de edad DAVID ALEJANDRO TABORDA ARANGO** T.I. N° 1.045.607.051 frente a **COOSALUD EPSS, y la SECRETARIA SECCIONAL DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL DE ANTIOQUIA** con vinculación de **ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE YOLOMBO – IPS FUNDACION CLINICA NOEL**

SÍNTESIS DEL CASO

SINDY ALEXANDRA ARANGO CALLEJAS, en ejercicio de la patria potestad ejercida sobre su hijo **menor de edad DAVID ALEJANDRO TABORDA ARANGO** (12 años), instaura acción de tutela el 24 de febrero de 2020, respecto al derecho fundamental de **SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** en **CONEXIDAD CON LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS** de los **MENORES DE EDAD**. Expresa que su hijo se encuentra inscrito en el Régimen **SUBSIDIADO** en salud, afiliado a la EPS **COOSALUD**.

Que, el 14 de enero de 2020 fue atendido en la **ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE YOLOMBO**, por médico especialista en **GASTROPEDIATRIA**, que ordenó el suministro del medicamento **MACROGOL (POLIETILENGLICOL) Y MACROGOL (POLIETILENGLICOL) COMBINACIONES** por presentar diagnóstico de **ENCOPRESIS NO ORGANICA (ESTREÑIMIENTO IDIOPATICO)**.

Que la EPSS **COOSALUDS**, le entregó Ordenes para entrega del medicamento **MACROGOL (POLIETILENGLICOL) Y MACROGOL (POLIETILENGLICOL) COMBINACIONES**, dirigidas a la **ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE YOLOMBO**, al estar capitado como primer nivel de complejidad,

solicitando por escrito carta de negación o carta de recobro para poder brindar por parte de la EPS estos medicamentos.

Pronunciamiento del A-quo

La señora Juez Promiscuo Municipal de Yolombo (Ant), ADMITE la acción de tutela mediante auto de 24 de febrero de 2020, frente a EPSS COOSALUD y la SECRETARIA SECCIONAL DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL DE ANTIOQUIA, con vinculación de la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE YOLOMBO y la IPS FUNDACION CLINICA NOEL.

Contestación de las accionadas

IPS FUNDACION CLINICA NOEL

De acuerdo a la información que reposa en la FUNDACION CLINICA NOEL, el menor se encuentra creado en el sistema y ha sido atendido anteriormente por esta institución. Como se observa en la historia clínica, se le han venido prestando los servicios requeridos previa autorización de su entidad aseguradora cuando fue remitido a la IPS tal como se constata en los anexos aportados por la accionante, cumpliendo a cabalidad con las obligaciones que para las IPS impone el Sistema General de Salud.

Solicita ser desvinculada de la presente acción, por Falta de Legitimación por Pasiva ya que la IPS está dispuesta a prestar todos los servicios que la EPS autorice.

COOSALUD EPS-S

Reconoce que el menor DAVID ALEJANDRO TABORDA se encuentra activo en la base de datos de Coosalud siendo beneficiario actual del régimen subsidiado. Que la tecnología solicitada POLIETILENGLICOL no hace parte del Plan de Beneficios en Salud (Resolución 3512 de 2019), sin embargo, ante este tipo de solicitudes la EPS procede a estudiarlos conforme lo establecido en la Resolución 5395 de 2013, y en caso de aprobación indica la IPS que lo suministra. Que esa EPS realizó la gestión con el proveedor INVERSIONES TODO DROGAS para la entrega del medicamento POLIETILENGLICOL sobres de 17 grs, para lo cual estará disponible el viernes 28 de febrero de 2020, en el punto de atención del municipio de Yolombo. Agrega que, a través de la Resolución 1479 de 2015, y de acuerdo con el modelo definido por la Secretaria de Salud y Protección Social de Antioquia, la EPS direcciona la tecnología dentro de la red de prestadores y la secretaria la paga. Afirman que, la Secretaria Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia, mediante Resolución del 27 de mayo de 2015, identificada con el radicado 201500192975, adoptó el modelo establecido en el capítulo II de la Resolución 1479 de 2015, del 05 de mayo de 2015. El Modelo II aportado por la SSSYPSA, establece que: "La EPS aprueba por medio del CTC (Comité

Técnico Científico) el servicio NO POS solicitado por los usuarios afiliados, y una vez aprobado el servicio por medio del CTC, la EPS ubica la prestación del servicio dentro de la red de prestadores y la IPS donde realizará el servicio al momento de generar la factura, lo hará con cargo a la Secretaria de Salud y Protección Social de Antioquia.”

Resalta que, los insumos, procedimientos, tecnologías y los medicamentos que se encuentren excluidos del Plan de Beneficios del Sistema General de Seguridad Social colombiano, no pueden ser financiados con cargo a la UPC (Unidad de Pago por Captación), con lo cual se financia el POS; sino que la Resolución 1479 en cita indica que: los servicios NO POS serán pagados y reconocidos por los entes territoriales, razón por la cual las EPS quedan sin la facultad de cancelar directamente por dichos servicios, ya que la obligación recae única y exclusivamente sobre la SECRETARIA SECCIONAL DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL DE ANTIOQUIA.

Por lo anterior solicitan que: En caso de prosperar la acción se les otorgue la facultad de RECOBRAR ante la SSSYPSA, el 100% de los servicios que no se encuentren incluidos en el POS. (Citan Sentencia T-760 de 2008)

ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE YOLOMBO

Admiten que el menor DAVID ALEJANDRO TABORDA ARANGO, es un usuario regular de la institución, en manejo integral por Pediatría con diagnóstico de ENCOMPRESIS NO ORGANICA.

El 06 de marzo de 2020, se deja constancia secretarial sobre el cumplimiento por parte de la EPS de la entrega del medicamento POLIETILENGLICOL (fl. 17), razón por la cual mediante sentencia N° 026 de 2020, se DECLARA IMPROCEDENTE la protección constitucional por CARENCIA DE OBJETO POR HECHO SUPERADO, otorgando amparo por el TRATAMIENTO INTEGRAL no solo por el diagnóstico de ENCOMPRESIS NO ORGANICA, sino también todos los que se desprendan de este, los que perentoriamente y sin excepción alguna, incluyan las prestaciones de cualquier servicio médico tanto POS como NO POS, que requiera el accionante – afectado, supeditado a lo que el médico tratante vaya definiendo u ordenando en cada fase de su tratamiento y, mientras se encuentre el vínculo contractual entre las partes. Ordena DESVINCULAR a la IPS FUNDACION CLINICA NOEL y la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE YOLOMBO, y FACULTA a la IPS (sic) COOSALUD para ejercer los trámites necesarios y obtener RECOBRO por los servicios que no se encuentran incluidos en el PS ante la SSSYPSA.

Impugnación

Inconforme con la decisión, la accionada EPSS COOSALUD, impugna el fallo de tutela expresando que: “...El juzgado al fallar la acción de tutela de la referencia, ordenó a COOSALUD EPS-S brindar al afiliado TRATAMIENTO

INTEGRAL.....lo que implica para la EPS sufragar costos que se encuentran por fuera de la UPC, cuando de atenciones NO PBS se trata. ...y en consecuencia se ORDENE a la Secretaria Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia, que garantice y administre el mismo, con fundamento en las normas antes descritas, e igualmente se ORDENE el reconocimiento del 100% a mi representada del costo en que incurra por atenciones NO PBS en cumplimiento del fallo de primera instancia, por parte de la SSSYPSA.

Avocando conocimiento de la impugnación propuesta por la accionada EPSS COOSALUD, respecto al reconocimiento del tratamiento integral y el reconocimiento del 100% del recobro, este juez A-quem, pasara a resolver de la siguiente forma:

CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este Juzgado Promiscuo del Circuito de Yolombo es competente para conocer de la impugnación al fallo de primera instancia proferido dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31, 32 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del caso

En el presente asunto la actora considera que los derechos constitucionales fundamentales de su hijo de 12 años de edad, a la igualdad, a la integridad física y a la vida en condiciones dignas fueron desconocidos por la entidad accionada al abstenerse, esta última, de autorizar la entrega del medicamento NO PBS – POLIETILENGLICOL para su padecimiento en salud ENCOPRESIS NO ORGANICA

Así las cosas, solicita la accionante que se le ordene a COOSALUD E.P.S-S autorizar de manera urgente la entrega del medicamento NO PBS – POLIETILENGLICOL, requerida por el menor y, por consiguiente, el tratamiento integral, que se derive de su enfermedad ENCOPRESIS NO ORGANICA.

La entidad demandada afirma haberle hecho entrega del medicamento solicitado por lo cual pide se declare un HECHO SUPERADO y se conceda la facultad de RECOBRO contemplada en la Resolución 1479 de 2015 adoptada por la SSSYPSA para los pagos del sistema SUBSIDIADO.

La Juez que conoció en única instancia de la acción de la referencia acogió los argumentos de la entidad demandada, DECLARANDO HECHO SUPERADO, reconociendo Tratamiento Integral, y OTORGANDO facultades a la EPS-S para ejercer los trámites necesarios y obtener recobro de los

servicios que no se encuentren incluidos en el POS ante la SSSYP, sin indicar el porcentaje en el recobro.

A partir de las circunstancias que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela, de la decisión adoptada en instancia y de las pruebas que obran en el expediente, el juzgado deberá determinar si la facultad de recobro sin indicar porcentaje, y el reconocimiento del tratamiento integral se ajustan a la normatividad que al respecto establece la ley.

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, el juzgado se referirá a los siguientes puntos: (i) Procedencia de la acción de tutela; (ii) Reconocimiento del pago de medicamentos NO PBS en el régimen SUBSIDIADO de salud, (iii) La facultad de recobro en acatamiento al precedente jurisprudencial Corte Constitucional (Sentencia T-760 de 2008) (iv) el principio de integralidad en la salud y, finalmente se resolverá (v) el caso concreto.

(i) Procedencia de la acción de tutela

1. De la legitimación en la causa y la inmediatez

1.1 Sobre la legitimación de las partes

De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Carta Política y el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991¹, cualquier persona es titular de la acción de tutela cuando sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de una autoridad pública, o excepcionalmente, por un particular.

Respecto de lo anterior, la Corte Constitucional, mediante Sentencia SU - 377 de 2014, se ocupó de establecer algunas reglas en relación con la legitimación por activa, para lo cual precisó, en términos generales, que (i) la tutela es un medio de defensa de derechos fundamentales, que toda persona puede instaurar "por sí misma o por quien actúe a su nombre"; (ii) no es necesario, que el titular de los derechos interponga directamente el amparo, pues un tercero puede hacerlo a su nombre; y (iii) ese tercero debe, sin embargo, tener una de las siguientes calidades: a) representante del titular de los derechos, b) agente oficioso, o c) Defensor del Pueblo o Personero Municipal².

En complemento de lo anterior, la Corte, en reiterada jurisprudencia, se ha referido a las hipótesis bajo las cuales se puede instaurar la acción de tutela, a saber:

¹Artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 "la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante (...) También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud." (Negrilla fuera del texto original).

² Corte Constitucional, Sentencias T – 557 de 2016, T-083 de 2016, T-291 de 2016 (M.P. Alberto Rojas Ríos).

"(a) ejercicio directo, cuando quien interpone la acción de tutela es a quien se le está vulnerando el derecho fundamental; (b) por medio de representantes legales, como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; (c) por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo; y finalmente, (d) por medio de agente oficioso"³.

Ahora bien, cuando la acción de tutela se interpone en nombre de un menor, la Corte Constitucional ha considerado que cualquier persona está legitimada "para interponer acción de tutela en nombre de un menor, siempre y cuando en el escrito o petición verbal conste la inminencia de la violación a los derechos fundamentales del niño"⁴.

En consideración de lo anterior, se encuentra que en el caso objeto de revisión, la señora Sindy Alexandra Arango Callejas actúa en defensa de los derechos fundamentales de su hijo menor de edad, por tanto, está facultada para invocar la protección de los mismos, los cuales fueron presuntamente vulnerados con ocasión a la negativa de la E.P.S.S COOSALUD de hacer entrega del medicamento POLIETILENGLICOL 335 sobre x 17 gr, para aliviar el padecimiento en salud ENCOPRESIS NO ORGANICA padecido por el menor DAVID ALEJANDRO TABORDA ARANGO.

Así las cosas, se advierte, en el asunto *sub lite*, superado el presupuesto de procedencia de la acción de amparo relacionado con la legitimación en la causa por activa.

En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva de la acción de tutela que se revisa, se verifica que se cumple igualmente este requisito por cuanto la entidad accionada se encuentra encargada de la prestación del servicio público de salud, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 y el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991⁵.

1. 2 La inmediatez.

En reiteradas oportunidades la jurisprudencia ha sido clara en señalar que la procedencia de la acción de tutela se encuentra sujeta al cumplimiento del requisito de inmediatez. Al respecto, ha precisado que la protección de los derechos fundamentales, vía acción constitucional, debe invocarse en un plazo razonable y oportuno, ello en procura del principio de seguridad jurídica y la preservación de la naturaleza propia del amparo.

³ Ver sentencias Sentencias T-308 de 2011 (M.P.Humberto Sierra Porto), T- 482 de 2013 (M.P.Alberto Rojas Ríos), T-841 de 2011 (M.P.Luis Ernesto Vargas Silva)- Reiteración de jurisprudencia.

⁴ Corte Constitucional, Sentencias T- 408 de 1995 (M.P.Eduardo Cifuentes Muñoz), T- 482 de 2003 (M.P.Alberto Rojas Ríos), T- 312 de 2009 (Luis Ernesto Vargas Silva), T -020 de 2016 (M.P., (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub),entre otras.

⁵"Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política".

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que si bien es cierto la acción de tutela no tiene un término de caducidad, esto no debe entenderse como una facultad para presentar la misma en cualquier tiempo. Lo anterior, por cuanto a la luz del artículo 86 Superior la acción de tutela tiene por objeto la protección *inmediata* de los derechos invocados⁶.

En relación con el caso *sub examine*, el juzgado pudo establecer que el hecho generador de la presunta vulneración de los derechos fundamentales del menor tuvo lugar el día 14 de febrero de 2020. De allí, que el 24 de febrero de 2020 la señora Arango Callejas acudiera al amparo constitucional para invocar de manera oportuna la protección de los derechos fundamentales de su hijo, tiempo razonable, máxime si se tiene en cuenta que en el presente asunto se encuentran comprometidas las garantías fundamentales de un sujeto de especial protección constitucional, como lo es el niño David Alejandro Taborda Arango de 12 años de edad.

En ese orden, se encuentra acreditado el cumplimiento del requisito de inmediatez.

1.3 La subsidiariedad.

De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria y, en consecuencia, su procedencia se encuentra condicionada a que "(...) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, ii) cuando existiendo un medio de defensa judicial ordinario este resulta no ser idóneo para la protección de los derechos fundamentales del accionante o iii) cuando, a pesar de que existe otro mecanismo judicial de defensa, la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable."⁷.

Sobre el particular, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 señala que ante la posible existencia de un mecanismo ordinario de defensa, la eficacia del mismo debe ser apreciada en concreto "*atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante*"⁸.

Sobre esa base, la Corte, en numerosas ocasiones, ha precisado que la procedencia de la tutela se hace mucho más evidente cuando se advierte la posible vulneración de los derechos fundamentales de aquellas personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta en razón de su edad, su condición económica, física o mental⁹, motivo por el cual, esta

⁶ Sobre la materia revisar la sentencia SU- 391 de 2016, (M.P Alejandro Linares Cantillo).

⁷ Artículo 86 de la Constitución Política. Ver sobre el particular sentencia T-847 de 2014 (M.P Luis Ernesto Vargas Silva).

⁸ Corte Constitucional, sentencia T - 149 de 2013 (M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez).

⁹ Corte Constitucional, sobre la protección especial a los niños, las sentencias T-550 de 2001 y T-864 de 2000, (M. P. Alfredo Beltrán Sierra), T-510 de 2003 y T-397 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-943 de 2004, M. P. Álvaro Tafur Galvis, T-265 de marzo 17 de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería, principios reiterados en las sentencias T-765 de octubre 10 de 2011 y T-681 de agosto 27 de 2012, ambas M. P. Nilson Pinilla Pinilla. , T-586 de 2014 .M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T- 557 de 2017, M.P Alberto Rojas Ríos.

Corporación le atribuye, la calidad de sujetos de especial protección constitucional a los menores de edad, las mujeres embarazadas, los adultos mayores, las personas con disminuciones físicas y psíquicas y las personas en situación de desplazamiento.

Mediante sentencia T-495 de 2010 la Corte señaló que también son sujetos de especial protección constitucional todos aquellos que por:

*"(...) su situación de debilidad manifiesta los ubican en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población", por lo que "la pertenencia a estos grupos poblacionales tiene una incidencia directa en la intensidad de la evaluación del perjuicio, habida cuenta que las condiciones de debilidad manifiesta obligan a un tratamiento preferencial en términos de acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos, a fin de garantizar la igualdad material a través de discriminaciones afirmativas a favor de los grupos mencionados"*¹⁰.

Respecto de la subsidiariedad, algunas Salas de Revisión de esa Corporación han considerado que, teniendo en cuenta que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, el accionante deberá acudir primero ante la Superintendencia Nacional de Salud para que, de manera definitiva, se garantice, si fuere el caso, el suministro de los procedimientos, medicamentos e insumos no incluidos en el plan de beneficios que fueron solicitados¹¹.

Sin perjuicio de lo anterior, tomando en consideración que en el caso ahora sometido a revisión están de por medio los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección constitucional por su edad, el juzgado considera que el procedimiento establecido en las leyes 1122 de 2007¹² y 1438 de 2011¹³, que otorgó facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para resolver controversias entre las EPS y sus afiliados, carece de la reglamentación suficiente a la luz de la nueva Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015 y por lo tanto, no puede considerarse un mecanismo de defensa judicial que resulte idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales invocados por la accionante.

Sobre este aspecto, la Corte ha insistido en que la valoración de las particularidades del caso concreto, sigue siendo indispensable para determinar si el mecanismo previsto ante la Superintendencia Nacional de Salud es idóneo y eficaz, máxime si nos encontramos ante sujetos de especial protección constitucional como son los niños, escenario en el cual,

¹⁰ Corte Constitucional., T- 736 de 2013 (M.P. Alberto Rojas Ríos).

¹¹ Corte Constitucional, ver entre otras, las Sentencias T-603 de 2015, T-098 y T-400 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado) y T-450 de 2016 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹² "Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

¹³ "Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

se debe propender porque el derecho fundamental a la salud sea garantizado de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita¹⁴.

En este orden de ideas, se encuentra configurado el requisito de subsidiariedad, y reconoce que la acción de tutela procede, como mecanismo autónomo y definitivo para proteger los derechos fundamentales invocados, dada la necesidad prioritaria de garantizar los derechos de un menor, los cuales han sido aparentemente vulnerados por la entidad accionada.

Establecida la procedencia de la presente acción, se continúa con el análisis de fondo del presente asunto.

(ii) Derecho fundamental a la salud y su protección por vía de tutela.

El artículo 49 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009, consagra el derecho a la salud y establece que *"la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud"*.

Por su parte, el artículo 44 Superior se refiere a la integridad física, la salud y la seguridad social, entre otros, como derechos fundamentales de los niños. Esto se complementa con los diferentes instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad entre los cuales se destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), la Declaración Universal de los Derechos del Niño (principio 2) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 12) que contemplan el derecho a la salud y exigen a los estados partes su garantía y protección.

En desarrollo de dichos mandatos constitucionales, una marcada evolución jurisprudencial de esta Corporación¹⁵ y concretamente la Ley Estatutaria 1751 de 2015¹⁶ le atribuyeron al derecho a la salud el carácter de fundamental, autónomo e irrenunciable, en tanto reconocieron su estrecha relación con el concepto de la dignidad humana, entendido este último, como pilar fundamental del Estado Social de Derecho donde se le impone tanto a las autoridades como a los particulares *"(...) el trato a la persona conforme con su humana condición(...)"*¹⁷.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-447 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa).

¹⁵ Mediante sentencia T-760 de 2008, la Corte puso de presente la existencia de fallas estructurales en la regulación del Sistema de Seguridad Social en Salud, se afirmó que el derecho fundamental a la salud es autónomo *"en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna"*. Con este desarrollo jurisprudencial se puso fin a la interpretación restrictiva de la naturaleza del derecho a la salud como derecho conexo a otros, y se pasó a la interpretación actual como un derecho fundamental nato.

¹⁶ El artículo 1 de la ley en cita establece que: *"La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección"*. Por su parte, el artículo 2 dispone: *"El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. // Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado."*

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Respecto de lo anterior, es preciso señalar que referida Ley Estatutaria 1751 de 2015¹⁸ fue objeto de control constitucional por parte de la Corte que mediante la sentencia C-313 de 2014 precisó que: *"la estimación del derecho fundamental ha de pasar necesariamente por el respeto al ya citado principio de la dignidad humana, entendida esta en su triple dimensión como principio fundante del ordenamiento, principio constitucional e incluso como derecho fundamental autónomo. Una concepción de derecho fundamental que no reconozca tales dimensiones, no puede ser de recibo en el ordenamiento jurídico colombiano"*.

Sobre esa base, sostuvo la Corte en reciente sentencia T - 579 de 2017 ¹⁹ que *"(...) el derecho fundamental a la salud no puede ser entendido como el simple goce de unas ciertas condiciones biológicas que aseguren la simple existencia humana o que esta se restrinja a la condición de estar sano. Por el contrario, tal derecho supone la confluencia de un conjunto muy amplio de factores de diverso orden que influye sobre las condiciones de vida de cada persona, y que puede incidir en la posibilidad de llevar el más alto nivel de vida posible"*. De allí, que su protección trascienda y se vea reflejada sobre el ejercicio de otros derechos fundamentales inherentes a la persona, como son los derechos fundamentales a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, y por su puesto a la vida. Preciso esta Corporación mediante el precitado fallo que *"(...) el derecho a la salud además de tener unos elementos esenciales que lo estructuran, también encuentra sustento en principios igualmente contenidos en el artículo 6° de la Ley 1751 de 2015, dentro de los que de manera especial sobresalen los de pro homine, universalidad, equidad, oportunidad, integralidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia, e interculturalidad, entre otros"*.

Con fundamento en lo anterior, ha resaltado la Corte que el carácter autónomo del derecho a la salud permite que se pueda acudir a la acción de tutela para su protección sin hacer uso de la figura de la conexidad y que la irrenunciabilidad de la garantía *"pretende constituirse en una garantía de cumplimiento de lo mandado por el constituyente"*²⁰.

En suma, tanto la jurisprudencia constitucional como el legislador estatutario han definido el rango fundamental del derecho a la salud con todos sus componente y, en consecuencia, han reconocido que el mismo puede ser invocado vía acción de tutela cuando resulte amenazado o vulnerado, situación en la cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos conculcados.

¹⁸ *"Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones"*.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T- 579 de 2017 (M.P Cristina Pardo Schlesinger).

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-313 de 2014 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SVP Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; AV María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alberto Rojas Ríos, Luis Ernesto Vargas Silva).

(iii) La dignidad humana de los niños, niñas y adolescentes como componente esencial del derecho a la salud

Como ya se dijo, el orden constitucional y legal vigente ha sido claro en reconocer que la salud reviste la naturaleza de derecho fundamental autónomo e irrenunciable, susceptible de ser protegido por vía de acción de tutela. Este derecho, ha establecido la jurisprudencia, debe ser interpretado de forma amplia, de manera que su ejercicio solo no se predica cuando pelagra la vida como mera existencia, sino que por el contrario, ha considerado la propia jurisprudencia que "(...) salud comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad"²¹. Resaltando que la misma es "es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas"²²²³.

Al respecto, en sentencia T - 562 de 2014 la Corte precisó que "(...) algunas enfermedades o padecimientos no solamente se originan en una disfunción física o funcional, sino que también se generan por presiones del medio social, que producen baja autoestima, aislamiento, inconformidad con la propia imagen, depresión, etc. Dichas presiones deben evitarse, para garantizar la faceta preventiva del derecho a la salud e impedir que se llegue a situaciones probablemente irreversibles, que impliquen altos costos económicos, sociales y emocionales".

Lo anterior, adquiere particular relevancia tratándose de niños, niñas y adolescentes, teniendo éstos un carácter prevalente respecto de los derechos de los demás, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta Política²⁴, en el cual se establecen como derechos fundamentales de estos sujetos "la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social", precisando que la familia, la sociedad y el Estado tienen el deber de "asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos". Precisa la misma disposición constitucional que "los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás."

(iv) Principio de integralidad en salud.

De acuerdo con el artículo 2º, literal d) de la Ley 100 de 1993 la integralidad, en el marco de la Seguridad Social, debe entenderse como "la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley".

²¹ *Ibidem*.

²² Corte Constitucional, sentencias de reiteración T-1384 de 2000, T-365A de 2006, T- 361 de 2014, entre otras.

²³ Al respecto, la sentencia T-270 del 11 de abril de 2011, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, afirmó que el concepto de vida, no se encuentra limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte o a la vida biológica, sino que se consolida como un concepto amplio que preserve las condiciones vitales de manera digna y saludable

²⁴ Corte Constitucional, sentencias de reiteración T-397 de 2004; T-943 de 2004; T-510 de 2003; T-864 de 2002; T-550 de 2001; T-765 de 2011 y T-610 de 2013

Dicho criterio fue posteriormente reiterado en la Ley 1122 de 2007²⁵ y actualmente desarrollado en la Ley Estatutaria de Salud²⁶, la cual en su artículo 8° dispuso que:

"los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada".

Al respecto, cabe señalar que en sentencia C-313 de 2014 mediante la cual se llevó a cabo el control previo de constitucionalidad de la referida Ley Estatutaria de Salud, la Corte precisó que el principio de integralidad irradia el sistema de salud y determina su lógica de funcionamiento. De allí, que la adopción de todas las medidas necesarias encaminadas a brindar un tratamiento que efectivamente mejore las condiciones de salud y calidad de vida de las personas es un principio que "está en consonancia con lo establecido en la Constitución y no riñe con lo sentado por este Tribunal en los varios pronunciamientos en que se ha estimado su vigor"²⁷.

En ese contexto, sostuvo ese Tribunal en reciente sentencia T-171 de 2018²⁸ que **el principio de integralidad que prevé la ley 1751 de 2015 opera en el sistema de salud no solo para garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para que la persona pueda superar las afectaciones que perturban sus condiciones físicas y mentales, sino, también, para que pueda sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal.** En ese sentido, destacó la Corte que el servicio "se debe encaminar a la protección constitucional del derecho fundamental a la salud, es decir que, a pesar del padecimiento y además de brindar el tratamiento integral adecuado, se debe propender a que el entorno del paciente sea tolerable y digno".

En suma, ha considerado la propia jurisprudencia que el principio de integralidad, a la luz de la Ley Estatutaria de Salud, envuelve la obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio de garantizar la autorización completa de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y

²⁵ "Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

²⁶ Ley 1751 de 2015.

²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-313 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza. Acápite 5.2.8.3

²⁸ M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

demás servicios que el paciente requiera para el cuidado de su patología, así como para sobrellevar su enfermedad²⁹.

(v) RECOBRO - El precedente jurisprudencial

(1) La Facultad de Recobro a la luz de lo establecido por la Sentencia T-760 de 2008

La Corte Constitucional en Revisión de 22 acciones de tutela originadas por situaciones que vulneran el derecho constitucional a la salud en Colombia, resolvió mediante esta providencia corregir fallas estructurales del sistema de salud público de Colombia, declarando el derecho a la salud como un derecho fundamental, y que el acceso a servicios sanitarios oportunos y de calidad está garantizado por el derecho a la salud. En esta providencia se manifiesta que:

“Cuando una persona requiere un servicio de salud que no se encuentra incluido dentro del Plan Obligatorio de Servicios, y carece de recursos para cubrir el costo del mismo que le corresponda asumir, las entidades encargadas de asegurar la prestación del servicio (EPS) deben cumplir con su responsabilidad y, en consecuencia, asegurar el acceso a éste. No obstante, es el Estado quien ha de asumir el costo del servicio, por cuanto le corresponde la obligación de garantizar el goce efectivo del derecho. En tal sentido, la jurisprudencia constitucional y la regulación han reconocido a la entidad aseguradora el derecho de repetir contra el Estado (ver secciones 4.4. y 6.2.), a través del Fosyga. El adecuado financiamiento de los servicios de salud no contemplados en el POS depende entonces, del correcto flujo de recursos por parte del Estado para cubrir el pago de los cobros que reglamentariamente sean presentados por las entidades que garantizan la prestación del servicio. En la medida en que tales costos no están presupuestados por el Sistema dentro del monto que recibe la entidad aseguradora de la prestación del servicio de salud por cuenta de cada uno de sus afiliados o beneficiarios (UPC, unidad de pago por capitación), su falta de pago atenta contra la sostenibilidad del sistema, y en tal medida, al acceso a la prestación de los servicios de salud que se requieran con necesidad. Al ser las entidades encargadas de garantizar la prestación del servicio (EPS), o incluso las instituciones prestadoras de salud (IPS), las que suelen asumir los costos de la demora de los pagos de los cobros, se genera además, una presión sobre éstas para dejar de autorizar la prestación de servicios de servicios no contemplados en el POS. Así pues, en la medida que la capacidad del Sistema de Salud para garantizar el acceso a un servicio de salud depende de la posibilidad de financiarlo sin afectar la sostenibilidad del Sistema, el que no exista un flujo de recursos adecuado para garantizar el acceso a los servicios de salud que se requieran con necesidad, no incluidos dentro de los planes de servicio, obstaculiza el

²⁹ Corte Constitucional sentencia T-171 de 2018 M.P Cristina Pardo Schlesinger.

acceso a dichos servicios. **Con relación al cumplimiento oportuno de los fallos de tutela y al derecho al recobro de servicios médicos no cubiertos por el plan de beneficios ante el Fosyga, se plantean, a su vez, tres conjuntos de órdenes.**

En primer lugar, órdenes para no supeditar a la decisión sobre eventual revisión por parte de la Corte la fecha de ejecutoria de la sentencia que amparó el derecho a la salud. En este caso se ordenará al Ministerio de la Protección Social y al administrador fiduciario del Fosyga que adopten medidas para garantizar que el procedimiento de recobro por parte de las Entidades Promotoras de Salud ante el Fosyga sea ágil con miras a asegurar el flujo de recursos necesario para proteger efectivamente el derecho en el sistema. Dentro de estas medidas por lo menos se tendrán en cuenta las siguientes, cuando se trate de servicios de salud cuya práctica se autorizó en cumplimiento de una acción de tutela: (i) la entidad promotora de salud deberá cumplir inmediatamente la orden de protección del derecho a la salud y podrá iniciar el proceso de recobro una vez el fallo se encuentre en firme, bien sea porque la sentencia de instancia no fue impugnada, bien sea porque se trata de la sentencia de segunda instancia, sin que la autorización del servicio de salud y el procedimiento de recobro pueda ser obstaculizado con base en el pretexto del proceso de revisión que se surte ante la Corte Constitucional; (ii) no se podrá establecer que en la parte resolutive del fallo de tutela se debe autorizar el recobro ante el Fosyga como condición para autorizar el servicio médico no cubierto por el POS ni para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir. La EPS debe acatar oportunamente la orden de autorizar el servicio de salud no cubierto por el POS y bastará con que en efecto el administrador del Fosyga constate que la entidad no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC; (iii) en el reembolso se tendrá en cuenta la diferencia entre medicamentos de denominación genérica y medicamentos de denominación de marca, sin que pueda negarse el reembolso con base en la glosa 'Principio activo en POS' cuando el medicamento de marca sea formulado bajo las condiciones señaladas en el apartado 6.2.1 de esta providencia.

En segundo lugar, órdenes encaminadas a que se adopte un Plan de Contingencia que permita el pago de los recobros atrasados para asegurar el flujo de recursos en las EPS como una medida para garantizar la prestación de los servicios de salud a los usuarios de manera oportuna y el goce efectivo de su derecho a la salud. En este sentido se ordenará al Ministerio de la Protección Social y a Fidufosyga 2005, que si aún no lo han hecho, diseñen un Plan de Contingencia para (i) adelantar el trámite de las solicitudes de recobro que están en mora y (ii) efectuar los pagos de las solicitudes de recobro en las que se verificó el cumplimiento de los requisitos de las resoluciones vigentes que están en mora. Este plan deberá señalar: (i) metas específicas para el cumplimiento de la presente orden, (ii) un

cronograma para el cumplimiento de las órdenes y (iii) las acciones que se llevarán a cabo para el cumplimiento de las metas, individualizando en cada caso el responsable de su cumplimiento. El Plan deberá ser presentado antes de la fecha indicada en la parte resolutive de esta providencia ante el Comité de Verificación creado por el Consejo de Estado y ante la Corte Constitucional y deberá ser ejecutado en su totalidad antes de la fecha indicada en la parte resolutive de esta providencia. En caso de que no se efectúe el reembolso oportunamente de a lo menos el 50% de las solicitudes de recobro, operará un mecanismo de compensación general para dicho 50%. El resto del monto (50%) deberá haber sido cancelado en su totalidad antes de la fecha indicada en la parte resolutive de esta providencia. En caso de que posteriormente se verifique que el Fosyga no estaba obligado a realizar determinado reembolso, se deberán adoptar las medidas para compensar esos recursos a cargo de la respectiva EPS. Sobre el cumplimiento del Plan de Contingencia el Ministerio de Protección Social y el administrador del Fosyga, presentarán un informe cada dos meses al Comité mencionado de Verificación mencionado.

En tercer lugar, órdenes para corregir las fallas en el sistema de financiación de servicios médicos que se requieran con necesidad y no estén cubiertos por el POS. Con esta medida se busca estabilizar el flujo de recursos hacia el cubrimiento de los servicios de salud con miras a garantizar la satisfacción del derecho a la salud de los usuarios y la asignación oportuna de recursos para la atención eficiente de las necesidades y prioridades de la salud. Se ordenará al Ministerio de Protección Social que tome las medidas necesarias para que el sistema de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro funcione de manera eficiente, y que el Fosyga desembolse prontamente los dineros concernientes a las solicitudes de recobro. El Ministerio de Protección Social podrá definir el tipo de medidas necesarias. Éstas podrán consistir, por ejemplo, en cambios de tipo gerencial, tales como la contratación de personal que ayude a evacuar las solicitudes de acuerdo al sistema actual, o en el rediseño del sistema de recobro".

En resumen. La Corte Constitucional ha reiterado que los servicios de salud comprendidos dentro del POS ya se encuentran financiados dentro del sistema de aseguramiento creado por la Ley 100 de 1993. Ello justifica que el juez de tutela ordene prestar tales servicios de manera inmediata, para proteger el goce efectivo del derecho a la salud. Así se ha reconocido que existe una estrecha relación entre el POS y la UPC, y para los medicamentos no incluidos en el PBS, el recobro ante las entidades territoriales, y sin que el juez de tutela pueda indicar el porcentaje en que ese Recobro se ha de reconocer.

2 Ordenes relacionadas con el derecho al recobro de servicios médicos no cubiertos por el plan de beneficios ante el Fosyga o las entidades territoriales.

La garantía del derecho a la salud obedece a la actuación organizada, planeada y eficaz de los diferentes actores, públicos y privados, de los cuales depende el respeto, la protección y el cumplimiento de las obligaciones derivadas de este derecho. En tal sentido, el incumplimiento de los mismos suele tener impacto en el Sistema y no sólo en un caso particular.

Cuando la Constitución Política protege de especial manera los recursos de la salud, ordenando que estos son de destinación específica (artículo 48 de la Constitución), no sólo evita que los recursos se destinen a otras finalidades, sino que establece una garantía positiva de que los recursos efectivamente se utilizarán en la prestación de los servicios que se requieran para asegurar el goce efectivo del derecho a la salud.

Ello supone tanto la existencia de los recursos de salud, como la posibilidad real de destinar dichos recursos, oportunamente, a costear efectivamente el valor de los servicios prestados. Por ejemplo, en la sentencia C-289 de 2008³⁰ la Corte consideró que las medidas dirigidas a promover la contratación con las ARP públicas eran constitucionales por buscar garantizar el flujo de recursos en estas instituciones, lo cual contribuía a la prestación de los servicios de salud. Indicó que "*(...) promover la contratación con las ARP públicas y la ARP del ISS busca garantizar el flujo de recursos en estas instituciones con el fin de mejorar la prestación de los servicios de seguridad social, lo cual satisface los principios de solidaridad y universalidad (artículo 48 de la Constitución). En la misma línea, el artículo 1 de la Ley 1122 de 2007 señala como finalidad de las modificaciones al sistema de seguridad social dirigida a mejorar la prestación de los servicios a los usuarios. Finalmente, la medida (...) es proporcional según los parámetros definidos por la Corte Constitucional ya que efectivamente protege los derechos de los usuarios, al promover la contratación de las ARP públicas y la ARP del ISS con la finalidad de mejorar el flujo de recursos en estas entidades, sin afectar excesivamente la libertad económica de las ARP privadas*".

La posibilidad de que las instituciones prestadoras de servicios (IPS) garanticen efectivamente la prestación de los servicios de salud requeridos por la personas, depende de la disponibilidad real de los recursos económicos que permitan a las entidades asumir los costos de los insumos necesarios para prestar los servicios y para mejorar su oferta en términos de tecnología y recursos humanos.

La Corte Constitucional reconoce que el flujo de recursos de las EPS a las IPS ha presentado problemas relacionados con la mora en el pago de los servicios prestados por estas últimas. Así también lo reconoció el legislador que en la reforma a la Ley 100 de 1993 efectuada mediante la Ley 1122 de

³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-289 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

2007, adoptó medidas para garantizar el flujo oportuno de recursos a la IPS, así:

- Se definieron intereses obligatorios para la mora en el pago de los servicios que prestan las IPS a los entes territoriales, las EPS y las ARS (artículo 13, parágrafo 5).
- Se definieron sistemas de pago por los servicios prestados a las IPS dependiendo de la modalidad de contratación: mes anticipado en un 100% si los contratos son por capitación, si se usa otra modalidad, como pago por evento, global prospectivo o grupo diagnóstico se ordenó efectuar como mínimo un pago anticipado del 50% del valor de la factura, dentro de los cinco días posteriores a su presentación (artículo 13, literal d).
- Se limitó la contratación de las EPS con su propia red al 30% (artículo 15)
- Se facultó al Ministerio de Protección Social para que definiera un sistema obligatorio de garantía de la calidad relacionado con el sistema tarifario (artículo 25 (a))
- Se facultó a la Superintendencia Nacional de Salud para velar porque la prestación de los servicios de salud se realice sin ningún tipo de presiones o condicionamientos frente a las IPS y para vigilar que estas adopten y apliquen un Código de conducta y de buen gobierno que oriente la prestación de los servicios a su cargo (artículo 39 (e) y (h))

La adopción de este tipo de medidas orientadas a garantizar el flujo de recursos de las EPS a las IPS, también ha sido avalado por la Corte Constitucional. Además de la sentencia C-286 de 2008 citada antes, en la sentencia C-260 de 2008³¹ la Corte consideró que este tipo de medidas, específicamente la limitación de la libertad de contratación de las EPS y las IPS en relación con las formas de pago por la prestación de servicios de salud, eran constitucionales. Manifestó que esta norma, *"en la medida en que garantiza el flujo de recursos hacia las Instituciones Prestadoras de Servicios, promueve el mejoramiento de la prestación de los servicios de salud lo cual redundará en la protección de los usuarios y en la posibilidad de brindar atención adecuada a las personas por lo cual desarrolla varios principios específicos del ámbito de la salud, como la solidaridad y la eficiencia, al permitir una mejor utilización de los recursos financieros disponibles y el beneficio de los usuarios del sistema"*³²

La disponibilidad de los recursos necesarios para asegurar la prestación de los servicios de salud supone la obligación de que tales recursos existan, no se asignen a fines distintos al de asegurar el goce efectivo del derecho a la salud y se destinen a la prestación cumplida y oportuna de los servicios requeridos por las personas. Esta última obligación implica pues, garantizar

³¹ Corte Constitucional, sentencia C-260 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

³² Corte Constitucional, sentencia C-260 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

el adecuado flujo de los recursos, lo cual es necesario para asegurar que toda persona goce efectivamente *del más alto nivel posible de salud*, dadas las condiciones presupuestales, administrativas y estructurales existentes. El flujo de recursos es importante tanto hacia los prestadores de servicios de salud (IPS) como hacia los aseguradores (EPS). Actualmente, como se vio, se han adelantado algunos esfuerzos para asegurar el flujo oportuno de recursos hacia las IPS, por lo que la Corte no adoptó en la sentencia medidas en este aspecto. Sin embargo, en cuanto al flujo de recursos hacia las EPS actualmente no se han adoptado medidas que garanticen su oportunidad, por ejemplo mediante la garantía del reembolso oportuno de los recursos que estas entidades deben invertir en atender a sus usuarios al autorizar servicios no incluidos en el Plan de Beneficios, pero autorizados por el CTC u ordenados en fallos de tutela.

Dadas las reglas del actual Sistema de Salud, las entidades promotoras de salud, EPS, tienen un derecho constitucional al recobro, por concepto de los costos que no estén financiados mediante las unidades de pago por capitación (UPC). Para garantizar el derecho a la salud de los usuarios, el cual depende del flujo oportuno de recursos en el sistema, el procedimiento de recobro debe ser claro, preciso, ágil.

Actualmente, el procedimiento de recobro ante el FOSYGA por concepto de medicamentos autorizados por el Comité Técnico Científico (CTC) y servicios médicos ordenados por fallos de tutela se encuentra establecido en la Resolución 2933 de 2006, Resolución derogada por el art. 30 de la Resolución 3099 de 2008, mediante la cual se reglamentan los Comités Técnico Científicos, se establece el procedimiento de recobro ante el FOSYGA, por concepto del suministro de medicamentos no incluidos en el POS y de fallos de tutela. Si bien con anterioridad a la expedición de esta Resolución ya existía regulación sobre recobros.³³

Entre algunos de los requisitos que se exigen para efectuar los recobros, podemos nombrar:

Cuando el recobro obedece a una decisión de tutela, la solicitud de recobro debe ir acompañada de: la primera copia del fallo de tutela con constancia de ejecutoria, factura de venta del proveedor, certificado de semanas cotizadas cuando la tutela sea por incumplimiento de períodos mínimos de cotización, copia del acta del CTC que negó el servicio, si fuera el caso y un documento que evidencie la prestación del servicio de salud al paciente.³⁴

³³ Recientemente la Resolución 3797 de 2004 fue derogada por la Resolución 2933 de 2006. Anteriormente las Resoluciones 2949 y 2948 de 2003 regulaban la materia.

³⁴ Resolución 2933 de 2006, artículo 11: "Artículo 11. Requisitos especiales de la solicitud de recobros originados en fallos de tutela. Toda solicitud de recobro que deba ser reconocida y pagada por el FOSYGA, por concepto de fallos de tutela, deberá presentarse a través de la dependencia de correo y radicación del Ministerio de la Protección Social o de la entidad que se defina para tal efecto.

Por su parte, cuando el recobro se origina en una autorización del Comité Técnico Científico, la solicitud de recobro debe incluir: copia del acta del comité técnico científico, copia de la factura de venta, copia de la fórmula médica, y un documento que evidencie la prestación del servicio de salud al paciente.³⁵

|| A la solicitud diligenciada en el formato "FORMULARIO RADICACION DE SOLICITUDES DE RECOBROS" y su anexo, deberán acompañarse los siguientes documentos: || a) Formato de "SOLICITUD DE RECOBRO POR CONCEPTO DE PRESTACIONES ORDENADAS POR FALLOS DE TUTELA" numerada consecutivamente por cada paciente, el cual se adopta en la presente Resolución y que deberá diligenciarse en su totalidad. || b) Primera copia del fallo de tutela con constancia de ejecutoria. Para cuentas consecutivas originadas en el mismo fallo, se relacionará el número de radicado de la primera cuenta presentada en la cual se anexó la primera copia del fallo. || c) Original o copia de la factura de venta expedida por el proveedor, la cual debe ceñirse a lo establecido en el literal c) del artículo 617 del Estatuto Tributario, en la que conste su cancelación. La factura debe identificar la entidad responsable del pago (EPS, EOC o ARS) nombre, valor y cantidad de los servicios prestados objeto del recobro donde estén desagregados las estancias, medicamentos, insumos, honorarios, derechos de sala, pruebas diagnósticas y demás servicios a recobrar según el caso y la identificación del afiliado al cual se prestaron los servicios. Cuando la factura incluya el tratamiento de más de un paciente, la información anterior deberá venir en forma desagregada y detallada para cada afiliado certificada por el proveedor. || d) Certificado de semanas cotizadas al Sistema por el afiliado o beneficiario, en los casos de tutela por períodos mínimos de cotización, en los cuales se especifique la fecha de afiliación al Sistema General de Seguridad Social y a la EPS, identificando las semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior a la fecha del otorgamiento de la prestación ordenada en el respectivo fallo. Para estos efectos el certificado de semanas cotizadas al sistema lo emitirá la respectiva EPS o EOC de acuerdo a la información reportada en sus formularios de afiliación y novedades. || e) Copia del Acta del Comité Técnico Científico que negó el suministro del medicamento No POS, en forma previa a la acción de tutela, si fuere el caso. || f) Documento que evidencie la entrega o suministro del medicamento, actividad, procedimiento, intervención, elemento o servicio al paciente que puede ser la factura, la fórmula médica o formato diseñado para tal efecto por la EPS, ARS o EOC, que deberá ser firmado por el paciente o su acudiente con número de identificación como constancia de recibido. || Parágrafo 1°. Los documentos de que trata este artículo para cada solicitud de recobro deberán estar debidamente legajados y foliados con sujeción estricta al orden señalado en el presente artículo. || Parágrafo 2°. La entidad reclamante deberá garantizar el adecuado embalaje y envío de los recobros, la calidad y nitidez de los documentos de soporte."

³⁵ Resolución 2933 de 2006, artículo 10: "Artículo 10. Requisitos especiales de la solicitud de recobros por medicamentos no incluidos en el POS y autorizados por el Comité Técnico-Científico. La solicitud de recobro ante el Fosyga por concepto de medicamentos no incluidos en el POS y autorizados por el Comité Técnico-Científico, debe presentarse a través de la dependencia de correo y radicación del Ministerio de la Protección Social o de la entidad que se define para tal efecto. || A la solicitud diligenciada en el formato "FORMULARIO RADICACIÓN DE SOLICITUDES DE RECOBROS" y su anexo, deberán acompañarse los siguientes documentos: || a) Formato de "SOLICITUD DE RECOBRO POR CONCEPTO DE MEDICAMENTOS NO POS-CTC", numerada consecutivamente por cada paciente, el cual se adopta en la presente resolución y que deberá diligenciarse en su totalidad; || b) Una copia del acta del Comité Técnico-Científico donde se determine y concluya la autorización respectiva del medicamento no incluido en el Acuerdo 228 del CNSSS o las normas que lo adicionen o modifiquen, identificando su grupo terapéutico, principio(s) activo(s) individuales o combinados, concentración, forma farmacéutica, número de días/tratamiento, número de dosis/día y cantidad autorizada. El acta deberá contener además lo siguiente: i) La fecha de elaboración y número del acta. || (ii) Un resumen de la solicitud efectuada por el médico tratante, identificando el nombre del médico, la fecha de la solicitud y demás datos consignados en la misma y justificación del medicamento No POS. || (iii) Los datos de identificación del afiliado o paciente. (iv) El diagnóstico, descripción, código y análisis del caso objeto de estudio. (v) La verificación del cumplimiento de los criterios de autorización contenidos en la presente resolución, certificando que éstos han sido constatados en la historia clínica del afiliado o paciente. (vi) La decisión adoptada frente al suministro del medicamento, la cual, en caso de definir su no autorización, deberá indicar la justificación técnica y normativa que la soporta. (vii) La identificación del medicamento o de los medicamentos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del

Como se aprecia, en ambas hipótesis el recobro está supeditado a la prestación del servicio de salud. Esto es razonable, aunque en ocasiones conduce a que el servicio de salud se demore mientras la EPS obtiene todos los documentos necesarios para solicitar el recobro, lo cual no debe suceder.

Regla General acerca del monto que se reconoce y se paga.

Ahora bien, la regla general acerca del monto que se reconoce, y se paga, por el recobro de servicios de salud (medicamentos, actividades, procedimientos, intervenciones o elementos) prestados por las entidades a los usuarios, **en cumplimiento de fallos de tutela** o autorizaciones del Comité Técnico Científico, parte de aquello que la entidad no está obligada a asumir legal y reglamentariamente. Así, factores como el número de semanas cotizadas certificadas por la entidad, o la existencia de un medicamento del mismo grupo terapéutico que remplace o sustituya el medicamento ordenado, afectan la suma que se reembolsa.³⁶

Dos nuevas reglas incluidas en la Resolución 3099 de 2008, Resolución derogada, salvo los artículos 1 a 8, por el artículo 25 de la Resolución 458 de 2013, merecen ser resaltadas ya que desestimulan la utilización de la tutela para permitir el acceso a los servicios de salud de sus usuarios. Por una parte, el artículo 25 que regula el Monto a reconocer y pagar por recobro de medicamentos, indica que: **ARTÍCULO 25. MONTO A RECONOCER Y PAGAR POR EL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA, FOSYGA, POR SUMINISTRO DE**

mismo grupo terapéutico que se reemplazan o sustituyen, con la descripción de su principio(s) activo(s), concentración y forma farmacéutica, y el número de días/tratamiento y dosis/día equivalentes al medicamento autorizado o negado. a) (sic) Original o copia de la factura de venta expedida por el proveedor, la cual debe ceñirse a lo establecido en el literal c) del artículo 617 del Estatuto Tributario, con constancia de cancelación. La factura debe identificar la entidad responsable del pago (EPS, EOC o ARS), nombre, valor y cantidad del medicamento recobrado y la identificación del afiliado al cual se suministró el medicamento. Cuando la factura incluya el tratamiento de más de un afiliado, deberá señalar en forma desagregada la relación que enuncie: El medicamento, la cantidad y el valor facturado para cada afiliado certificado por el proveedor; En el evento de que se realicen compras al por mayor y al proveedor le sea imposible identificar al paciente a quien le fue suministrado, el representante legal de la EPS, EOC o ARS, deberá certificar bajo la gravedad de juramento tal circunstancia, indicando a qué factura imputa el respectivo suministro; b) Copia de la fórmula elaborada por el médico tratante con firma y registro médico, la cual deberá ajustarse a lo estipulado en el capítulo cuarto del Decreto 2200 de 2005 y demás normas que lo modifiquen o deroguen. El anexo de este documento se exceptúa en los casos de medicamentos suministrados a pacientes hospitalizados. c) Documento que evidencie la entrega del medicamento al paciente, que puede ser la factura, la fórmula médica, formato diseñado para tal efecto por la EPS, ARS o EOC, que deberá ser firmado por el paciente, su representante, responsable o acudiente con número de identificación como constancia de recibido.(...)"

³⁶ Por ejemplo el literal b del artículo 24 de la Resolución 2933 de 2006 indica: "El valor a reconocer y pagar por concepto de fallos de tutela que correspondan a medicamentos incluidos en los Acuerdos 228, 236, 263 y 282 del CNSSS y demás Acuerdos que los modifiquen o adicionen en los cuales el afiliado del régimen contributivo no ha cumplido con los periodos de cotización necesarios para que la EPS o EOC garantice su total prestación, será el porcentaje equivalente a las semanas faltantes para cumplir el total de las requeridas según sea el caso (52 ó 100 semanas). Este porcentaje se aplicará al valor facturado por el proveedor. || Al valor resultante se le descontará el valor de la cuota moderadora o copago que las EPS, EOC o ARS hayan cobrado al afiliado conforme a su Plan General de Cuotas Moderadoras y Copagos, y éste total será el valor a pagar por el Fosyga. (...)"

MEDICAMENTOS, SERVICIOS MÉDICOS Y PRESTACIONES DE SALUD NO POS DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO. Las solicitudes de recobro por concepto de fallos de tutela y autorizaciones del Comité Técnico-Científico, presentadas por las administradoras de planes de beneficios del régimen contributivo, deberán presentarse ante el Ministerio de la Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto. Para tal efecto, deberán cumplir los requisitos, condiciones y trámite previsto en la presente resolución. Una vez se encuentre aprobada para pago se dará traslado, en forma individual, a la Dirección General de Financiamiento del Ministerio de la Protección Social para el trámite a que hubiere lugar.

ARTÍCULO 26. MONTO A RECONOCER Y PAGAR POR RECOBRO DE MEDICAMENTOS, SERVICIOS MÉDICOS Y PRESTACIONES DE SALUD. El monto a reconocer y pagar por recobro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud se determinará sobre el precio de compra al proveedor soportado en la factura de venta o documento equivalente de este, de la siguiente forma

a) Medicamentos NO POS autorizados por Comité Técnico-Científico El valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos no incluidos en el Manual Vigente de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud, autorizados por Comité Técnico-Científico, será la diferencia entre el valor facturado del medicamento suministrado y el valor calculado para el o los medicamentos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del mismo grupo terapéutico que se reemplaza(n) o sustituye(n). Al valor resultante, se le descontará el valor de la cuota moderadora o copago que las entidades administradoras de planes de beneficios hayan cobrado al afiliado conforme a su Plan General de Cuotas Moderadoras y este total será el valor a pagar por el Fosyga. No se reconocerán variaciones posteriores del precio del medicamento, ni ajustes por inflación o cambio de anualidad".

La única situación en la que se reconoce el valor de medicamentos POS ordenados por fallos de tutela para afiliados del régimen contributivo es el incumplimiento de los períodos mínimos de cotización. Textualmente señala: "No habrá lugar al pago de medicamentos POS para actividades, procedimientos e intervenciones de los planes obligatorios de salud, por aspectos diferentes al contemplado en el presente literal, por encontrarse ya reconocidos por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de la respectiva Unidad de Pago por Capitación (UPC)". Esta norma excluye el pago de medicamentos cubiertos por el POS aún cuando hayan sido ordenados mediante acción de tutela.

Por otra parte, en el artículo 25, literal c, que se refiere al recobro de medicamentos no POS ordenados por fallos de tutela para actividades, procedimientos e intervenciones excluidas de los Planes Obligatorios de Salud, se establece el reconocimiento sólo del 50% del valor facturado del medicamento cuando este es ordenado por tutela. Señala la norma: "El

valor a reconocer y pagar por concepto de medicamentos ordenados por fallos de tutela para actividades, procedimientos e intervenciones excluidas de los planes obligatorios de salud, será el 50% del valor facturado del medicamento". La relevancia de la norma consiste en que los medicamentos para actividades, procedimientos e intervenciones excluidas de los planes obligatorios de salud son los mismos que puede autorizar el CTC. Por lo tanto, cuando es esta entidad la que autoriza los medicamentos, el recobro no tiene descuentos (literal a, artículo 25), mientras que cuando el suministro del medicamento es ordenado mediante una acción de tutela, habiendo podido ser autorizado por el CTC, se descuenta el 50% del valor facturado del medicamento.

Por último, es importante señalar que si bien la regla general en la jurisprudencia constitucional es que cuando se ordena a una EPS la prestación de un servicio médico no incluido en el POS, se ordena a su vez el reconocimiento del derecho al recobro por el monto que legal y reglamentariamente no le corresponda asumir respecto del mismo, muchas veces se ordena la prestación del servicio médico para proteger el derecho a la salud del usuario, pero no se ordena el recobro ante el FOSYGA. Así sucede, por ejemplo, cuando se determina que el servicio médico sí estaba incluido en el POS³⁷ y cuando existe otro obligado a asumir el costo del servicio por tener capacidad económica suficiente³⁸. Los recursos del FOSYGA sólo pueden ser utilizados para pagar servicios médicos prestados por las EPS en aquellos casos en los cuales no existe ningún otro obligado a asumir el costo. Esta situación se presenta cuando el juez de tutela determina que el servicio médico que fue negado por la EPS aduciendo que estaba excluido del POS, sí estaba incluido en éste.

Resolución 1479 de 2015:

La Resolución 1479 de 2015 establece el procedimiento para el cobro y pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el POS suministrados por parte de las Entidades Territoriales, departamentales y distritales a los afiliados del Régimen Subsidiado.

³⁷ Sentencias T-750 de 2004 (MP Rodrigo Uprimny Yepes), Sentencia T-859 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett); T-860 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett); T- 112 de 2005 (MP Jaime Araujo Rentería), T-1278 de 2005 (Humberto Sierra Porto), T-078 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

³⁸ Por ejemplo en la Sentencia T-959 de 2004 (MP Manuel José Cepeda) se estudió el caso de una niña de tres años que padecía *diabetes mellitus tipo 1 insulino dependiente*, y que requería para mantenerse con vida ser inyectada con insulina diariamente y que se le midiera varias veces al día los niveles de azúcar en la sangre, para lo que requería jeringas y tirillas de medición de glucosa en la sangre. La Corte consideró que, dados los ingresos y egresos de los padres, era con cargo a ellos y no al FOSYGA que se debían prestar los servicios a la menor. Se afirmó en dicha providencia: "Los jueces de tutela y los accionantes no deben olvidar que los recursos del FOSYGA, están destinados exclusivamente para las personas que les es imposible, por sus propios medios económicos, acceder a tratamientos, medicamentos o pruebas de diagnóstico excluidos del P.O.S, que requieran con urgencia para salvaguardar su vida y su integridad."

Serán financiados por las entidades territoriales con recursos del Sistema General de Participaciones – Sector Salud- Prestación de Servicios de Salud a la población pobre en lo no cubierto con los subsidios a la demanda.

La Resolución 1479 instaura que serán los departamentos o distritos quienes analizarán la situación de salud de cada territorio y las capacidades técnicas, operativas y financieras.

Los Departamentos y distritos deberán establecer un procedimiento para la verificación y control de las solicitudes de pago de servicios y tecnologías no cubiertas en el POS, que sean previstos por los Prestadores de Servicios de Salud y las EAPB. Esto de acuerdo con el mecanismo adoptado, que indique que soportes debe acompañar la solicitud, el periodo del mes y el lugar en donde las solicitudes deben ser presentadas.

El proceso de verificación y los requisitos para determinar el valor a pagar están en el título II de la Resolución 1479, como la determinación de los servicios y tecnologías no cubiertas en el POS.

"Artículo 3. Financiación de la atención de los servicios y tecnologías sin cobertura en el POS a los afiliados al Régimen Subsidiado. Los servicios y tecnologías sin cobertura en el POS, suministrados a los afiliados al Régimen Subsidiado, se financiarán por las entidades territoriales con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones - Sector Salud - Prestación de Servicios de Salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, los recursos del esfuerzo propio territorial destinados a la financiación del NO POS de los afiliados a dicho régimen, los recursos propios de las entidades territoriales y los demás recursos previstos en la normativa vigente para el sector salud. Parágrafo. Los pagos correspondientes se realizarán de conformidad con los procedimientos presupuestales a que haya lugar.

Caso concreto

Conforme ha sido expuesto, le corresponde a este juzgado establecer si el reconocimiento del Tratamiento Integral , tal como lo ordenó el Juzgado Promiscuo Municipal de Yolombo, se encuentra ajustado a la ley y a la jurisprudencia, y si la facultad de recobro concedida se ajusta al antecedente jurisprudencial.

Para efectos de darle solución al objeto de la *litis*, es preciso señalar que de los elementos de juicio allegados al proceso, el juzgado encontró probados los siguientes hechos:

- (i) La acción de tutela se promueve en favor de un menor de 12 años de edad que padece de ENCOPIRESIS NO ORGANICA (CONSTIPACION CRONICA),
- (ii) El menor se encuentra afiliado en el régimen subsidiado a la EPS-S COOSALUD en calidad de beneficiaria de su madre.
- (iii) Como consecuencia de su diagnóstico el médico tratante - Gastroenterólogo Pediatra - , adscrito a la entidad accionada ordenó el 14 de enero de 2020: POLIETILENGLICOL 3350 SOBRES X 17 GR- Cantidad: 1 vez al día por 3 meses.
- (iv) Conforme a lo anterior, la madre de la menor le solicitó a la demandada autorizar la entrega del medicamento recetado, lo cual se vino a hacer efectivo el 28 de febrero de 2020, durante el transcurso del trámite de la acción de que aquí se trata.
- (v) En virtud de lo anterior, la A-quo declara HECHO SUPERADO, reconociendo TRATAMIENTO INTEGRAL

Ahora bien, para abordar el análisis que corresponde respecto del caso concreto cabe advertir que de la lectura de la Resolución 244 de 2019, expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social se puede sostener que las prestaciones derivadas del servicio de salud, se dividen en tres grandes categorías: i) servicios y tecnologías que se encuentran incluidos expresamente en el PBS, ii) servicios y tecnologías que están taxativamente excluidos del PBS y iii) servicios y tecnologías que no se encuentran incluidos, pero que tampoco han sido excluidos del PBS.

Así, en lo que respecta específicamente al medicamento MACROGOL - POLIETILENGLICOL que le fue ordenado al menor David Alejandro Taborda Arango, se precisa que el mismo no se encuentra expresamente excluido del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la entidad territorial SSSYPSA.

Sin perjuicio de lo anterior, y tomando en consideración las circunstancias fácticas que dieron lugar a la acción de tutela, el juzgado encuentra satisfechos los requisitos dispuestos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional mediante sentencia C - 313 de 2014 relativos a la posibilidad de inaplicar las normas que excluyen algún tipo de prestación médica. Máxime cuando el servicio médico invocado está dirigido a salvaguardar el derecho a la salud física y emocional en conexidad con la dignidad humana de un menor de 12 años.

Igualmente, en lo que respecta a la facultad de Recobro y al reconocimiento de Tratamiento Integral, encuentra este Ad-quem, que el Juzgado Promiscuo Municipal de Yolombo, se ciñó al precedente jurisprudencial que al respecto analizan y establecen la innumerable cantidad de sentencias y normas citadas.

Con fundamento en lo anterior, se CONFIRMARA la decisión de instancia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Yolombo (Ant) que

DECLARO HECHO SUPERADO, reconociendo Tratamiento Integral, no solo por su diagnóstico ENCOMPRESIS NO ORGANICA, sino también todos los que se desprendan de éste, los que perentoriamente y sin excepción alguna, incluyan la prestación de cualquier servicio médico tanto POS como NO POS, que requiera el accionante – afectado, supeditado a lo que el médico tratante vaya definiendo u ordenando en cada fase de su tratamiento y mientras se encuentre el vínculo contractual entre las partes, y OTORGANDO facultades a la EPS-S para ejercer los trámites necesarios y obtener recobro de los servicios que no se encuentren incluidos en el POS ante la SSSYPA, sin indicar el porcentaje en el recobro.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Yolombo, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia de 09 de marzo de 2020 proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Yolombó, que DECLARO HECHO SUPERADO, reconociendo Tratamiento Integral para el menor DAVID ALEJANDRO TABORDA ARANGO, no solo por su diagnóstico ENCOMPRESIS NO ORGANICA, sino también todos los que se desprendan de éste, los que perentoriamente y sin excepción alguna, incluyan la prestación de cualquier servicio médico tanto POS como NO POS, que requiera el accionante – afectado, supeditado a lo que el médico tratante vaya definiendo u ordenando en cada fase de su tratamiento y mientras se encuentre el vínculo contractual entre las partes, y OTORGANDO facultades a la EPS-S para ejercer los trámites necesarios y obtener recobro de los servicios que no se encuentren incluidos en el POS ante la SSSYPA, sin indicar el porcentaje en el recobro, por las razones ya expuestas en esta providencia..

SEGUNDO.- DISPONER las notificaciones a las partes, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

TERCERO. REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSE FOCION DE N. SOTO BURITICA
EL JUEZ