

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, veintiocho (28) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

ACCIONANTE: DEFENSORÍA DEL PUEBLO REGIONAL DE BOYACÁ en representación del señor CARLOS FAVIAN SEPÚLVEDA MARTÍNEZ
ACCIONADO: NUEVA EPS SA
VINCULADO: SECRETARÍA PROTECCIÓN SOCIAL DE TUNJA
RADICACIÓN: 150013333011201700024-00
ACCIÓN DE TUTELA

Decide el Despacho en primera instancia la acción de tutela instaurada por la Defensoría del Pueblo en representación del señor Carlos Favian Sepúlveda Martínez en contra de la NUEVA EPS SA.

I. ANTECEDENTES:

1. La acción (fl. 1-7): La Defensoría del Pueblo Regional Boyacá, solicita que se tutelen los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la dignidad humana e inclusive a la seguridad social del señor Carlos Favian Sepúlveda Martínez. Como consecuencia de la anterior protección, pretende que se ordene a la NUEVA EPS S.A. la entrega en forma inmediata del medicamento "CIPROFIBRATO X 100 MG." formulado para tres (3) meses, según lo ordenado por la médica tratante; que en caso de que la entidad no tenga disponible el citado medicamento se pague en efectivo y de forma inmediata el valor que demande la consecución del mismo, y finalmente, se le proporcione tratamiento en forma integral al accionante para que se le garantice el acceso al resto de servicios médicos que sean necesarios para el control y manejo de la enfermedad que padece y la continuidad de los tratamientos que le haya ordenado su(s) médico(s) tratante(s) actualmente o en el futuro.

Los hechos que soportan las pretensiones son los siguientes:

Que el señor Favian Sepúlveda Martínez se encuentra afiliado a la NUEVA EPS S.A. desde el 01 de enero de 2016 en el régimen subsidiado y que el pasado 17 de enero del año en curso le fue diagnosticado: "...hiperlipidemia no especificada (alteración

colesterol/triglicéridos); enfermedad de hígado no especificada (hígado graso), e isquemia silente del miocardio..." (fl. 1), razón por la cual le fue prescrito por la médica tratante, entre otros, medicamentos "CIPROFIBRATO X 100 mg." en una toma diaria y para tres (3) meses, debido a su elevado riesgo cardiovascular y de pancreatitis que podría llegar a presentarse si no consume a tiempo dicho fármaco.

Indica que el citado medicamento a la fecha de presentación de la demanda y pasado un (1) mes de haber sido prescrito, no ha sido autorizada su entrega, pese a que ha sido solicitado en varias oportunidades, poniéndose así en riesgo la salud y la vida del accionante.

Afirma que tal omisión le ha causado al accionante aumento de la sintomatología típica de la enfermedad que padece, como lo es: "*... dolor abdominal alto, dolor en el pecho, fatiga y cansancio físico, entre otros, lo cual lo tiene imposibilitado para el ejercicio de sus actividades diarias" (fl. 2) por lo que ha tenido que acudir por urgencias para controlar su descompensación; sumado al hecho de que debido a su enfermedad ya no trabaja, ni tampoco su esposa y que depende de la caridad de su familia y de la afiliación al SISBEN NIVEL 1, pues no tiene los medios económicos para atender su enfermedad, encontrándose por tanto en una situación de debilidad manifiesta.*

2.- Contestación de la tutela:

2.1.- La NUEVA EPS S.A.: Allega respuesta (fl. 30-35), indicando que ha venido asumiendo todos y cada uno de los servicios médicos que ha requerido el usuario desde el momento mismo de su afiliación, siempre que la prestación de dichos servicios médicos se encuentre dentro de la órbita prestacional enmarcada en la normatividad que para efectos de viabilidad del sistema general de seguridad social en salud, ha impartido el Estado Colombiano.

Frente al caso particular, señala que verificada la normatividad vigente en materia de salud, evidencia que los medicamentos solicitados por el accionante se encuentran excluidos del plan de beneficios en salud con cargo a la UPC, según la Resolución 6408 de 2016.

Transcribe apartes normativos para referirse a la cobertura de medicamentos con cargo al UPC y señala que es una entidad

independiente del ISS, vigente desde el 01 de agosto de 2008, que se rige por el Decreto 055 de 2007 y que su modelo de atención es garantizarle a sus afiliados procesos más ágiles para entregar los servicios solicitados con la debida calidad y oportunidad, disminuyendo trámites administrativos innecesarios, además de brindar los servicios que se encuentren dentro del plan obligatorio de salud dentro del régimen subsidiado (POSS) de manera integral.

Para finalizar solicita se deniegue por improcedente la acción de tutela instaurada en su contra, por no acreditarse la concurrencia de las exigencias previstas por la Corte Constitucional para inaplicar las normas que racionalizan la cobertura del servicio; que en caso de que se acceda a las pretensiones se indique concretamente el servicio NO POS que deberá ser autorizado y cubierto por la entidad, a efectos del respectivo cobro al FOSYGA, evitando fallos integrales que den lugar a que en el futuro se termine asumiendo el valor de prestaciones que no tengan relación directa con la patología, o que no implican afectación del derecho a la vida, y que también se ordene el recobro a la Secretaria de Salud Departamental de 100% de los servicios NO POS, a los que se vea obligado con la prestación de servicio solicitado.

2.2.- La Secretaría Protección Social de Tunja: Allega contestación (fl. 47-49) en la que indica que se opone a las pretensiones, como quiera que la NUEVA EPS SA ya generó orden de entrega para el día 22 de febrero del año en curso, según correo electrónico enviado por el Director Médico Zonal, por lo que considera que al desaparecer el sustento factico que presuntamente dio origen a la acción constitucional, se está frente al fenómeno jurídico de hecho superado y por ende la tutela pierde cualquier razón y condición de eficacia.

Cita apartes de la jurisprudencia de la Corte Constitucional para referirse al hecho superado, y finalmente solicita se desestimen las pretensiones y se emita fallo favorable a su favor.

3.- De la medida provisional decretada: Mediante providencia del 16 de febrero de 2017, se decretó como medida provisional a la NUEVA EPS SA que de manera inmediata procediera a la entrega del CIPROFIBRATO X 100 MG y en la dosis prescrita por la médica tratante, según la orden médica de servicios de fecha 17 de enero de 2017, radicada con el No. 7756501.

Al respecto de la medida provisional decretada, la entidad accionada informó que remitió la orden "... al área correspondiente para el proceso autorizador y poder brindar el servicio al usuario. Es importante informar, al despacho que previo a la autorización, se deben cumplir con los protocolos médicos, es decir, el respectivo estudio de la historia clínica. De conformidad con lo ordenado por el Despacho, el Área Jurídica solicitó al Área de Salud de la Nueva EPS la verificación del caso para establecer la pertenencia del servicio médico, las gestiones que se hayan realizado para proteger y garantizar el derecho a la salud del paciente y el respectivo concepto técnico de lo requerido por el accionante Carlos Favian Sepúlveda Martínez, en lo que respecta al medicamento ordenado por el Especialista. **Una vez se allegue al área jurídica la respuesta del área médica, estaremos haciendo inmediatamente el respectivo alcance al Despacho.**" (fl. 31).

Posteriormente, a través de memorial radicado el 28 de febrero de 2017 (fl. 60) la Secretaría Jurídica del Municipio de Tunja informó que el suministro del medicamento se distribuyó en tres (3) entregas mensuales de 30 unidades y allegó copia del comprobante de entrega del medicamento CIPROFIBRATO X 100 MG en 30 tabletas para un (1) mes, constancia fechada el día 23 de febrero del año en curso, donde consta el recibido del accionante (fl. 62).

II. CONSIDERACIONES:

2.1.- Problema jurídico:

Corresponde entonces al Despacho establecer si las accionadas vulneraron los derechos fundamentales invocados por el ciudadano CARLOS FAVIAN SEPÚLVEDA MARTÍNEZ en la demanda de tutela, como consecuencia de la no entrega del medicamento denominado "CIPROFIBRATO X 100 mg.", que le fue ordenado por la médica tratante y que se encuentra fuera del POSS, y si debe ordenarse atención integral en salud en la relación a la patología que presenta.

Para desatar el problema jurídico, el Despacho abordará los siguientes aspectos:

2.2.- Protección constitucional del derecho fundamental a la salud, la seguridad social y la dignidad humana.

La Corte Constitucional ha creado una abundante línea jurisprudencial en torno a la protección del derecho a la salud por

intermedio de la acción de tutela, en la cual se ha indicado que el derecho a la salud es de raigambre fundamental¹, de tal forma que le corresponde tanto al Estado, como a los particulares comprometidos con la prestación del servicio público de salud, desplegar un conjunto de tareas, actividades o actuaciones encaminadas a garantizar el debido amparo de este derecho².

El derecho fundamental a la salud, ha sido definido como "...la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser..."³. Esta definición responde a la necesidad de garantizar al individuo una vida en condiciones de dignidad, toda vez que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales.

Así, la jurisprudencia de la precitada Corporación ha establecido que es procedente el amparo por vía de tutela de este derecho cuando se verifica alguno de los siguientes puntos: "...*(i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios...*"⁴.

En relación con los servicios de salud incluidos y no incluidos en el POS, la Corte Constitucional ha establecido un criterio simple, que sumado a los anteriores permite tener un escenario completo. Así pues, de la condición de *fundamentabilidad* del derecho a la salud, **se deriva que las personas tienen derecho a que se les preste los servicios que requieran. Conforme la regulación establecida, dichos servicios pueden hacer parte o no del POS.**⁵

¹ Ver, entre otras, sentencias T-016/07, Humberto Antonio Sierra Porto; T-173/08 M.P.; Humberto Antonio Sierra Porto; T-760/08, M.P.; Manuel José Cepeda Espinosa, T-820/08, M.P.; Jaime Araujo Rentería; T-999/08, M.P.; M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-566/10, M.P.; Luis Ernesto Vargas Silva

² Sentencia T-999/08, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³ Sentencia T-597/93, M.P. Jaime Araujo Rentería, reiterada en la sentencias T-454/08, M.P.: Jaime Córdoba Triviño T-566/10 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴ Sentencia T-999/08. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵ Sentencia T-760 de 2008, M.P.: José Manuel Cepeda Espinosa. "Al respecto dijo la Corte: en la actualidad el acceso a los servicios depende, en primer lugar, de si el servicio requerido está incluido en uno de los planes obligatorios de servicios de salud a los cuales la persona tiene derecho. Así pues, dada la regulación actual, los servicios que se requieran pueden ser de dos tipos: aquellos que están incluidos dentro del plan obligatorio de salud (POS) y aquellos que no".

Según lo ha expresado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁶ las personas tienen derecho a que se les presten los servicios *-requeridos-* que hacen parte del POS y la negativa de la entidad supone una vulneración de su derecho fundamental, en otras palabras *"(...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud."*⁷

Es del caso resaltar, que el respeto al derecho fundamental a la salud no solo incluye el reconocimiento de la prestación del servicio que se requiere (POS y no POS); sino también su acceso oportuno, eficiente y de calidad. Igualmente, la Corte Constitucional⁸ ha reiterado que: *"... las personas vinculadas al Sistema General de Salud independiente del régimen al que pertenezcan, tienen el derecho a que las EPS les garantice un servicio de salud adecuado, es decir, que satisfaga las necesidades de los usuarios en las diferentes fases, desde la promoción y prevención de enfermedades, hasta el tratamiento y rehabilitación de la enfermedad y con la posterior recuperación; por lo que debe incluir todo el cuidado, suministro de medicamentos, cirugías, exámenes de diagnóstico, tratamientos de rehabilitación y todo aquello que el médico tratante considere necesario para restablecer la salud del paciente o para aminorar sus dolencias y pueda llevar una vida en condiciones dignidad."*

Síguese de ello que, la prestación del servicio en salud es **oportuna** cuando la persona lo recibe en el momento que corresponde para recuperar su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. De forma similar, es **eficiente** cuando los trámites administrativos a los que está sujeto son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no imponen al interesado una carga que no le corresponde asumir.⁹ Así mismo, el servicio se reputa **de calidad** cuando los tratamientos, medicamentos, cirugías, procedimientos y demás prestaciones en salud requeridas contribuyen, en la medida de las posibilidades, a mejorar la condición del paciente¹⁰. Cabe resaltar que recientes

⁶ Sentencia T 838 de 2009, M.P.; María Victoria Calle Correa

⁷ En la sentencia T-736 de 2004, MP Clara Inés Vargas Hernández; la Corte consideró que imponer costos económicos no previstos por la ley a una persona para acceder al servicio de salud que requiere *"(...) afecta su derecho fundamental a la salud, ya que se le imponen límites no previstos en la ley, para que acceda a su tratamiento, y a la vez la entidad se libra de su obligación de brindar integralmente los tratamientos y medicamentos al paciente."* En esta ocasión la Corte consideró especialmente grave la violación del derecho del accionante, por tratarse de una persona de la tercera edad. Previamente, en la sentencia T-538 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte consideró violatorio del derecho a la salud de una persona cambiar un servicio incluido dentro del Plan Obligatorio (oxígeno con pipetas) por otro, también incluido dentro del Plan (oxígeno con generador), que resulta más oneroso para el paciente.

⁸ Sentencia T-472 del 28 de julio de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo.

⁹ Sentencia T-760 de 2008, M.P.; José Manuel Cepeda Espinoza.

¹⁰ Sentencia T 922/09, M.P.; Jorge Iván Palacio Palacio.

disposiciones sobre la supresión de trámites innecesarios, en lo que atañe a las autorizaciones para servicio de salud se estableció¹¹:

"ARTICULO 125. Autorizaciones de servicios de salud.
Las Entidades Promotoras de Salud, EPS, tendrán la obligación de contar con sistemas no presenciales para autorizar los servicios de salud, de tal forma que el afiliado no tenga que presentarse nuevamente para recibir la misma. En ningún caso las autorizaciones podrán exceder los cinco (5) días hábiles contados a partir de la solicitud de la autorización. De igual forma, las EPS contarán con sistemas de evaluación y seguimiento de los tiempos de autorización que deberán reportarse a la Superintendencia Nacional de Salud y publicarse periódicamente en medios masivos de comunicación. El incumplimiento de esta disposición acarreará las sanciones previstas en la ley.

Es así que la jurisprudencia constitucional ha señalado que el principio de integralidad impone su prestación continua, la cual debe ser comprensiva de todos los servicios requeridos para recuperar la salud. La determinación y previsión de los servicios requeridos para la plena eficacia del derecho a la salud, como reiteradamente se ha señalado, no corresponde al usuario, sino al médico tratante adscrito a la EPS, de la siguiente manera:

*"La atención y tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud"*¹²

Así, la integralidad en la prestación del servicio de salud está encaminada a (i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología¹³.

¹¹ Decreto 019 de 19 de enero de 2012

¹² Sentencia T-1059 de 2006; M.P: Clara Inés Vargas Hernández

¹³ Sentencia T-103 de 2009, M.P: Clara Inés Vargas Hernández

En consecuencia, una EPS vulnera el derecho fundamental a la salud de una persona cuando presta un servicio de salud fraccionado, pues tal como lo ha decantado la jurisprudencia, **no importa si algunos de los servicios en salud son POS y otros no lo son, pues "... las entidades e instituciones de salud son solidarias entre sí, sin perjuicio de las reglas que indiquen quién debe asumir el costo y del reconocimiento de los servicios adicionales en que haya incurrido una entidad que garantizó la prestación del servicio de salud, pese a no corresponderle..."¹⁴.**

La Resolución 6408 de 2016, por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC), prevé entre los principios generales para la aplicación del plan de beneficios en salud con cargo a la UPC en el artículo 3 numeral 7 el de calidad, que incluye accesibilidad, oportunidad, seguridad, pertinencia, integralidad como la satisfacción del usuario en la prestación de los servicios. Así mismo en las definiciones previstas en el artículo 8 numeral 36 de referencia y contra-referencia se precisa que los mismos se desarrollarán *"garantizando la calidad, accesibilidad, oportunidad, continuidad, integralidad de los servicios"*.

El Despacho advierte que cuando las Entidades que prestan el servicio a la salud incurren en omisiones que impiden el acceso a éste en forma eficiente, también afectan el derecho a la dignidad humana el cual se encuentra profundamente ligado al derecho a la salud, tal como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia T-1271 del 18 de diciembre de 2008 en la que se señaló:

*"...Ha de advertirse que la protección constitucional del derecho a la salud no se circunscribe a los eventos en los que el derecho a la vida o a la integridad física se encuentren directamente comprometidos. **El concepto de vida no se restringe a la existencia biológica del ser, ya que incorpora el valor de la dignidad. Por ello, resulta inaceptable someter a una persona que ve vulnerados sus derechos, entre ellos el de la salud, a tener que tolerar graves afecciones, o a soportar dolores insufribles, al impedírsele por un tiempo prolongado e indefinido el acceso efectivo y oportuno a los medios que aseguren una mejoría en su existencia...** La materialización del derecho a la salud supone una atención integral, que se inicia con los cuidados y atenciones básicas requeridas por la persona enferma, pasando por el suministro de medicamentos, realización de intervenciones quirúrgicas,*

¹⁴ Sentencia T-760 de 2008, M.P: José Manuel Cepeda Espinoza

práctica de procesos de rehabilitación, toma de exámenes de diagnóstico, hasta el seguimiento médico pertinente, y todo ello en procura del pleno restablecimiento de la salud del paciente. Ahora bien, si por alguna causa la patología que afecta al enfermo no es susceptible de mejorarse, se deben adoptar las medidas médicas necesarias para mitigar tales síntomas...”

Igual ocurre con el derecho a la seguridad social cuyo alcance fue fijado por la Corte Constitucional en sentencia T-848 de 2013 así:

“...El derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral. Tal como se indicó, el artículo 48 de la Carta indica que el sistema de seguridad social debe orientarse por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”.

De lo expuesto, se concluye que la violación al derecho a la salud conlleva implícito la vulneración a los derechos a la dignidad humana y de seguridad social por cuanto el ser humano no debe ser sometido a dolores y afecciones que puedan ser tratados en forma oportuna.

2.3.- De los presupuestos jurisprudenciales definidos para acceder a los servicios y procedimientos NO POS.

Sobre el particular, la Corte Constitucional mediante sentencia T-760 de 2008, ha precisado las condiciones en las cuales la vulneración al derecho a acceder a un servicio fundamental para la salud es tutelable, en los siguientes términos: una persona inscrita en el régimen de salud contributivo o subsidiado tiene derecho a reclamar mediante acción de tutela la prestación de un servicio de salud cuando éste (i) está contemplado por el Plan Obligatorio de Salud (POS o POS-S),¹⁵ (ii) fue ordenado por su médico tratante adscrito a la entidad prestadora del servicio de salud correspondiente,¹⁶ (iii) es necesario para conservar su salud, su vida, su dignidad, su

¹⁵ Por ejemplo, en la sentencia T-757 de 1998 MP Alejandro Martínez Caballero; fundándose en conceptos médicos que indicaban que el servicio de salud solicitado (una cirugía) no era necesario para conservar la vida ni la integridad de la accionante, la Corte consideró que la decisión de la entidad accionada de no autorizar la prestación del servicio se ajustó a derecho, “(...) toda vez que a la actora no se le practicó la cirugía (...) porque no se encuentra prevista dentro del manual de actividades, intervenciones y procedimientos del plan obligatorio de salud en el sistema general de seguridad social en salud (...)”.

¹⁶ El médico tratante correspondiente es la fuente de carácter técnico a la que el juez de tutela debe remitirse para poder establecer qué servicios médicos requiere una persona. Esta posición ha sido fijada, entre otros, en los fallos T-271 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-480 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-819 de 1999 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-076 de 1999 (MP Alejandro Martínez Caballero), y T-344 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

integridad,¹⁷ o algún otro derecho fundamental y (iv) fue solicitado previamente a la entidad encargada de prestarle el servicio de salud, la cual o se ha negado o se ha demorado injustificadamente en cumplir su deber.¹⁸ En otras palabras, toda persona tiene derecho a acceder a los servicios que requiera, contemplados dentro del plan de servicios del régimen que la protege.

Posteriormente, la Corte Constitucional¹⁹ fijó ciertas reglas para la inaplicación de las disposiciones del POS, a saber: *"(i) que el tratamiento o procedimiento sea prescrito por el médico tratante adscrito a la EPS, (ii) que no exista medicamento, procedimiento o tratamiento análogo incluido en el POS, que pueda suplir el requerido, (iii) que el paciente no tenga capacidad económica para sufragar los costos del tratamiento, medicamento o procedimiento prescrito, (iv) la ausencia de dichos medicamentos ponga en riesgo la vida digna e integridad del paciente.*

Respecto de aquellos medicamentos que sean negados por carecer de aprobación INVIMA, la citada Corporación²⁰ ha precisado que dicha negativa vulnera los derechos de los afiliados cuando: *"(i) el solicitante padezca una enfermedad grave; (ii) el medicamento hubiese sido prescrito por el médico tratante adscrito a la entidad accionada; y (iii) la decisión adoptada por la entidad no se fundamentara en criterios médico-científicos sustentados en mejor información, lo cierto es que "el juez de tutela no es competente para ordenar tratamientos médicos que no hayan sido prescritos por el médico tratante, razón por la cual tampoco lo es para determinar la idoneidad de un tratamiento que si ha sido prescrito por este"*

2.4.- Sobre el procedimiento para el cobro y pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el POS.

Sobre el particular, la Corte Constitucional²¹ ha precisado que: *"...toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el Plan Obligatorio de Salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia*

¹⁷ Desde los inicios de la jurisprudencia constitucional en la sentencia T-484 de 1992 (MP Fabio Morón Díaz), la Corte ha considerado que el derecho a la salud es tutelable cuando valores y derechos constitucionales fundamentales como la vida están en juego; posición jurisprudencial amplia y continuamente reiterada.

¹⁸ En los casos en los que una persona presente una acción de tutela contra una entidad encargada de promover el servicio de salud, ha reiterado la Corte, debe tenerse en cuenta que "(...) es un requisito de procedibilidad el requerir previamente a la EPS o ARS, la atención médica o el suministro de medicamentos o procedimientos (...)" que se necesitan. (Sentencia T-736 de 2004; MP Clara Inés Vargas Hernández).

¹⁹ Sentencia T-472 del 28 de julio de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Sentencia T-716 del 16 de septiembre de 2014. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

constitucional ha considerado que *si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.*"

Así mismo, se observa que en la Resolución 1479 de 2015, se estableció el procedimiento para el cobro y pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el Plan Obligatorio de Salud, suministradas al régimen subsidiado, autorizados por los Comités Técnicos Científicos u ordenados mediante providencia de autoridad judicial, dirigida a la oportunidad en la atención al paciente y a que el pago se haga directamente de la Entidad Territorial (ET) al prestador de servicios de salud que brindó el servicio o la tecnología.

2.5.- Sobre la capacidad económica en materia de salud.

La Corte Constitucional ha enseñado que la capacidad económica no se agota demostrando los ingresos netos del interesado, sino que es necesario hacer un ejercicio de ponderación en la que se determine que la vida de quien solicita el tratamiento NO POS puede verse afectada al sumir la carga de lo pretendido ante la EPS.

"La sentencia T-683 de agosto 8 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, sintetizó las reglas probatorias empleadas por la Corte en relación con la demostración de la incapacidad económica del paciente y su familia, para asumir el costo de los procedimientos, intervenciones y medicinas excluidos del POS. Dicha providencia respaldó los requerimientos de que (i) es al actor al que le corresponde probar el supuesto de hecho que conduciría a la prosperidad de sus pretensiones; (ii) si él afirma que carece de recursos económicos, a la entidad demandada le corresponde demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar el nivel de recursos económicos; y, finalmente, (iv) se presume la buena fe a favor del solicitante, respecto de su afirmación indefinida sobre la ausencia de recursos económicos, sin perjuicio de la responsabilidad que le quepa si se llega a establecer que su aseveración es contraria a la realidad.

Ahora bien, es pertinente precisar que el debate sobre la capacidad económica de quien acude a la tutela para reclamar una prestación médica NO POS no se agota demostrando sus ingresos netos. En estos casos, el juez de tutela debe hacer

un ejercicio de ponderación que informe sobre la forma como el modo de vida del solicitante puede verse afectado en la medida en que asuma la carga de la prestación que pidió.”²²

3.- CASO CONCRETO:

Decantado lo anterior, el Despacho entrará a analizar si la situación del accionante se encaja en las condiciones que ha precisado la Corte Constitucional para materializar la vulneración al derecho fundamental a la salud y los demás derechos invocados como vulnerados.

La primera de las reglas establecidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para reclamar la prestación de un servicio de salud por medio de la acción de tutela por parte de una persona inscrita en el régimen de salud contributivo o subsidiado, obedece a que el servicio se encuentre en el POS o POS-S.

Se encuentra acreditado que la médica tratante de la entidad de salud FAMEDIC SAS mediante solicitud individual de medicamentos, procedimientos y otros servicios fuera del POS diligenciada el 17 de enero del año en curso, justificó la necesidad del suministro de “CIPROFIBRATO 100 MG”, al señalar que: *“paciente con hipertrigliceridemia importante + esteatosis hepática y dolor en hemiabdomen superior, por elevado riesgo cardiovascular y de pancreatitis se debe manejar con hipolipemiante.”* (fl. 18 vto.)

De conformidad con la Resolución No. 6408 de 2016 , es claro que el medicamento denominado “CIPROFIBRATO 100 MG” se encuentra excluido del POS, como quiera que no está dentro de los medicamentos descritos en el Anexo 1 de la citada resolución y así lo precisa la entidad accionada dentro de su escrito de contestación, sin embargo atendiendo a la patología que presenta el paciente, se advierte que fue un medicamento ordenado por la médica tratante, pues si bien no representa un tratamiento que sea definitivo para la recuperación de la salud pues no deviene ordenado por un especialista en el área, también lo es, que de conformidad con la jurisprudencia constitucional se trata de un servicio médico requerido por necesidad, que no solo resguarda el goce efectivo del derecho a la salud sino especialmente a la vida en condiciones de dignidad. Así las cosas a la luz de la jurisprudencia citada, en el caso de autos procede la inaplicación de la preceptiva reglamentaria,

²² Sentencia T- 781 de 2013 M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla

como quiera que la salud del paciente se encuentre en riesgo real de sufrir una afectación cardiovascular o pancreatitis y solo con el suministro de dicho fármaco prescrito puede mejorar su estado actual de salud y sus condiciones de vida con dignidad, de tal modo que la EPS, está en la obligación de proveerlo, así esté fuera del POS.

Respecto a la segunda regla, consistente en que el procedimiento haya sido ordenado por un médico tratante y éste a su vez este adscrito a la entidad prestadora del servicio de salud correspondiente, observa el Despacho que según las circunstancias fácticas y probatorias del caso particular, el paciente fue atendido en el servicio médico del FAMEDIC SAS en consulta efectuada el 17 de enero del año en curso (fl. 12-14), fecha en la que se diagnosticó "... enfermedad del hígado, no especificada,... hiperlipidemia no especificada,... isquemia silente de miocardio..." (fl. 13), explicó que ordenaba iniciar manejo con CIPROFIBRATO 100 MG una diaria y por tres (3) meses debido al "... elevado riesgo cardiovascular y de pancreatitis secundario..." (fl. 13) y ordenó consulta por medicina especializada (fl. 14).

Así mismo se probó que en esa misma fecha, la médica tratante explico la necesidad de suministro de dicho medicamento en la dosis y cantidad prescrita, específicamente 90 tabletas para tres (3) meses (fl. 18), según se desprende la solicitud de medicamentos NO POS, hechos que ineludiblemente dejan ver que la médica que valoró al paciente hace parte de la IPS FAMEDIC SAS, la cual a su vez integra la red de prestadores de servicios de salud de la NUEVA EPS S.A., que presta servicios de salud a los beneficiarios del régimen subsidiado.

En cuanto al tercer requisito no se acreditó la existencia de otro medicamento análogo incluido en el POS que pueda suplir el ordenado por la médica, para que este no fuese entregado.

Frente al cuarto requisito consistente en que el paciente no tenga los medios económicos para asumir el costo del medicamento excluido del POS, es claro que para este caso esta exigencia se encuentra cumplida, pues se acreditó que el señor CARLOS FAVIAN SEPÚLVEDA MARTÍNEZ, se encuentra afiliado al SISBEN con puntaje 31,70 (fl. 11) lo que significa que de conformidad con lo previsto en la Resolución 3778 de 2011²³, en concordancia con el documento

²³ Por la cual se establecen los puntos de corte del Sisbén metodología III y se dictan otras disposiciones.

CONPES 117 de 2008²⁴ el accionante se encuentra en nivel 1 del SISBEN.

Atendiendo a que el paciente se encuentra afiliado al régimen subsidiado nivel I, presume el Despacho que no cuenta con los recursos económicos para asumir los gastos que implican la compra del CIPROFIBRATO 100 MG una diaria para tres meses, y tal como lo ha previsto en casos similares la Corte Constitucional: "...respecto de las personas afiliadas al SISBEN esta Corporación ha establecido una **presunción de incapacidad económica frente a los mismos**, por cuanto hacen parte de la población más pobre y vulnerable de Colombia.²⁵"; se presume la buena fe del solicitante y como quiera que afirmó que carece de recursos económicos, correspondía a la entidad demandada demostrar lo contrario, sin que se verifique en el plenario prueba que desvirtúe lo afirmado por el tutelante. Así las cosas está plenamente acreditada la cuarta regla.

En quinto lugar, la Corte Constitucional ha establecido como requisito para la procedencia de la tutela dirigida a reclamar un servicio no POS o POS-S, que éste sea necesario para conservar la salud, la vida, la dignidad, la integridad, o algún otro derecho fundamental. Esta condición se encuentra plenamente demostrada en el expediente, ya que el paciente requiere para restablecer su salud el consumo de dicho medicamento, tal como lo señaló la médica tratante en la histórica clínica (fls.12-14 y 18) por lo tanto, la mora en el suministro del citado medicamento por parte de la EPS a la que se encuentra afiliado el paciente, implica incrementar padecimientos y poner en riesgo la salud y la vida del afiliado por tener alto riesgo cardiovascular y de pancreatitis; lo que sin lugar a dudas se constituye en una vulneración a sus derechos fundamentales de salud, vida y su existencia en condiciones dignas, pues, en el caso concreto se cumplen los presupuestos señalados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para proceder al suministro del medicamento ordenado por la médica tratante.

Finalmente, para que se materialice la posibilidad de reclamar por vía de acción de tutela, la protección al derecho fundamental a la salud se requiere haber solicitado previamente a la Entidad encargada de prestarle el servicio de salud el servicio requerido, y que el mismo se haya negado o la entidad se haya demorado

²⁴ Por medio del cual se hace la actualización de los criterios para la determinación, identificación y selección de beneficiarios de programas sociales.

²⁵ En dicho sentido, en la sentencia T-908 de 2004, esta Corporación señaló: "Cuando una persona ha demostrado que se encuentra clasificado en el nivel 2 del SISBEN, no tiene que presentar pruebas adicionales de que es incapaz de asumir el valor de las cuotas moderadoras correspondiente a un tratamiento de alto costo, como es el caso de quien padece un tumor maligno. En estos eventos corresponde a la contraparte desvirtuar dicha situación."

injustificadamente en cumplir su deber; por ende es importante advertir para el caso que nos ocupa, que la orden emitida por la médica tratante, fue expedida el 17 de enero del año en curso (fl 15) y que según lo informa el accionante y lo ratifica la entidad en su contestación, el mismo no fue suministrado por estar excluido del POS, situación que a todas luces resulta inaceptable, pues tal como se verifica en la orden dada por la médica tratante, el paciente requiere con urgencia el suministro de CIPROFIBRATO 100 MG, que solo con posterioridad a la interposición de la presente acción constitucional el 23 de febrero del año en curso la EPS autorizó y ordenó la entrega de 30 cápsulas para un mes, según se desprende del comprobante de entrega, por lo que no puede hablarse de un hecho superado pues faltan las restantes cápsulas para completarse el tratamiento ordenado para tres (3) meses por la médico tratante, además de los tratamientos o medicamento que posteriormente le lleguen a prescribir.

Así las cosas la entidad NUEVA EPS S.A. desde el momento que la médica dio la orden correspondiente tenía el deber de autorizar el suministro del citado medicamento, pues es claro en el sub- lite, que se configuran todas las reglas que ha determinado la Corte Constitucional para proteger el derecho a la salud, con mayor razón en el caso de autos donde se encuentra plenamente demostrado que el paciente requiere con urgencia de los mismos para restablecer su salud y evitar mayores riesgos cardiovasculares y de pancreatitis.

Adicionalmente la jurisprudencia constitucional ha dejado claro que es procedente inaplicar las normas del Plan Obligatorio de Salud o del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado que excluyen determinados medicamentos, procedimientos y servicios en el evento que la ausencia de procedimiento médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida, a la salud o la dignidad del paciente, aunado al hecho que el elemento excluido del plan obligatorio ha sido ordenado por el médico tratante del afiliado, profesional adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro y que el paciente no cuenta con la capacidad económica para asumir cargas de su salud como también el hecho de que el medicamento no tenga un análogo incluido en el POS para ser remplazado.

Por consiguiente, es incuestionable entonces que la entidad encargada de prestar los servicios de salud haya sido renuente a cumplir con la obligación legal que le impone el deber de garantizar el derecho a la salud del señor CARLOS FAVIAN SEPÚLVEDA MARTÍNEZ, y justifique su omisión en trámites administrativos para

verificar el caso, cuando es su obligación como garante de la prestación de los servicios de salud, adoptar las distintas medidas administrativas, presupuestales y/o logísticas, para garantizar el suministro oportuno de los medicamentos que requiera el afiliado, habida cuenta que ponen en riesgo sus derechos fundamentales.

Es claro también que el Estado se encuentra obligado a proteger, de manera especial, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en estado de debilidad manifiesta, en el caso concreto se encuentra acreditado que el señor CARLOS FAVIAN no cuenta con recursos económicos, pues es beneficiario del SISBEN NIVEL I (fl. 11), por lo que reviste la calidad de sujeto de especial protección, de manera que el compromiso del Estado con la prestación de los servicios médico asistenciales, que demandan las personas que carecen de recursos para atenderlos y que por su estado de salud físico o mental, edad y nivel de desarrollo tienen derecho a que el Estado y la sociedad les brinden un trato preferente, no está sujeto a las restricciones que imponen los Planes Obligatorios, como tampoco está sujeta a dichas restricciones la atención en salud que se conecta con la existencia misma de la persona y con su derecho a vivir con dignidad.

Así las cosas, como quiera que el paciente presenta una "... enfermedad del hígado, no especificada,... hiperlipidemia no especificada,... isquemia silente de miocardio..." (fl. 13) y requiere, en principio, el suministro del medicamento CIPROFIBRATO 100 MG por tres (3) meses y además requiere consulta médica con especialista, según se desprende de la historia clínica y como quiera que le fueron entregadas 30 cápsulas para un mes, es del caso no solo ordenar a la entidad NUEVA EPS S.A. garantizar al accionante la entrega oportuna de las restantes 60 cápsulas de CIPROFIBRATO 100 MG que faltan para completar la dosis y cantidad ordenada por la médica tratante, sino también que preste al afiliado un servicio integral y gestione lo que sea necesario para garantizarle el derecho a la salud, a la seguridad social y a la dignidad humana en lo que se refiere al diagnóstico y tratamiento que requiera para su patología.

Finalmente se concluye con relación al precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional que cuando un usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que por su estado de salud, demanda una actividad, un procedimiento, una intervención, o un medicamento excluido del Plan que rige su vinculación, debe ser atendido pero cambia la modalidad de la prestación, porque la empresa a la que se encuentra afiliado no se exonera de la

prestación, sino que puede exigir del Estado el reintegro de los gastos en que incurre, lo anterior porque mientras permanezca el usuario afiliado al Sistema de Seguridad Social en salud la empresa promotora o a la administradora debe velar por su atención integral.

Así las cosas frente a servicios NO POS, se advierte a la NUEVA EPS SA que deberá garantizar la autorización y entrega oportuna del CIPROFIBRATO 100 MG en la forma, cantidad y condiciones ordenada por la médica tratante y con posterioridad tramitar lo concerniente al reintegro de los gastos causados ante la entidad territorial correspondiente. En lo que toca a la materia de reembolsos, la Corte Constitucional en Sentencia T-760 de 2008, precisa: *"Se advierte que los reembolsos al Fosyga únicamente operan frente a los servicios médicos ordenados por jueces de tutela o autorizados por el CTC en el régimen contributivo. En estos mismos casos, cuando el usuario pertenece al régimen subsidiado, **la Ley 715 de 2001 prevé que los entes territoriales asuman su costo por tratarse de servicios médicos no cubiertos con los subsidios a la demanda.**"* (Negrilla fuera de texto).

En este orden de ideas, para concluir dirá el Despacho que se encuentra acreditada la vulneración de los derechos fundamentales a la vida, la salud, la seguridad social y la dignidad humana, del CARLOS FAVIAN SEPÚLVEDA MARTÍNEZ, por la omisión en el suministro del medicamento CIPROFIBRATO 100 MG, al haberse probado que fue ordenado por la médica tratante sin que se hubiese suministrado de manera oportuna. Es de anotar que el acceso al servicio médico requerido debe superar los trámites administrativos que impliquen moras injustificadas que impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir, pues la entidad promotora de salud NUEVA EPS SA tiene el deber de garantizar *"el derecho a acceder a los servicios de salud, libre de obstáculos burocráticos y administrativos... cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una administración diligente, una EPS demora un tratamiento médico al cual la persona tiene derecho, viola el derecho a la salud de ésta."*²⁶

En consecuencia, se ordenará a la NUEVA EPS SA, a través de su representante Legal o quien haga sus veces, que deberá garantizar durante los meses de marzo y abril del año en curso la entrega oportuna de las restantes 60 cápsulas de CIPROFIBRATO 100 MG que faltan para completar la dosis y cantidad ordenada por la médica tratante de la IPS FAMEDIC SAS al paciente CARLOS FAVIAN

²⁶ Ver Sentencia Corte Constitucional T-108-2008. Ver Sentencia Corte Constitucional T-314 de 2010

SEPÚLVEDA MARTÍNEZ, identificado con C.C. No. 79839904, sin imponerle más cargas administrativas ni económicas que retrasen nuevamente el cumplimiento de la orden médica, debiendo además prestarle atención integral, oportuna, eficaz y de calidad que requiera para el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad que padece: "... del hígado, no especificada,... hiperlipidemia no especificada,... isquemia silente de miocardio..." (fl. 13) en los términos y especificaciones que determinen los médicos tratantes, independientemente de que los tratamientos y medicamentos se encuentren en el Plan Obligatorio de Salud.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental a la salud, a la vida, a la seguridad social y a la dignidad humana del señor CARLOS FAVIAN SEPÚLVEDA MARTÍNEZ, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: ORDÉNASE a la **NUEVA EPS SAS**, por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces, para que durante los meses de **MARZO Y ABRIL DE 2017** garantice la entrega oportuna de las restantes **60 cápsulas de CIPROFIBRATO 100 MG** que faltan para completar la dosis y cantidad ordenada por la médica tratante de la IPS FAMEDIC SAS al paciente CARLOS FAVIAN SEPÚLVEDA MARTÍNEZ, identificado con C.C. No. 79839904, sin imponerle cargas administrativas ni económicas; debiendo además **PRESTARLE ATENCIÓN INTEGRAL, OPORTUNA, EFICAZ Y DE CALIDAD QUE REQUIERA PARA EL DIAGNÓSTICO Y TRATAMIENTO DE LA ENFERMEDAD QUE PADECE:** "... del hígado, no especificada,... hiperlipidemia no especificada,... isquemia silente de miocardio..." (fl. 13) en los términos y especificaciones que determinen los médicos tratantes, independientemente de que los tratamientos y medicamentos se encuentren en el Plan Obligatorio de Salud.

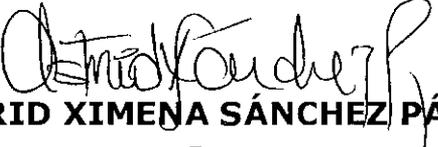
TERCERO: Se advierte a la NUEVA EPS SA que le asiste el derecho al recobro y podrá exigir a la entidad territorial correspondiente, el reintegro de los dineros invertidos en el suministro del medicamento **CIPROFIBRATO 100 MG** excluido del

POS, que fue ordenado por la médica tratante al accionante para tres (3) meses.

CUARTO: NOTIFÍQUESE la presente decisión en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: En el evento de no ser objeto de impugnación esta decisión, remítase ante la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, dejándose las correspondientes constancias.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez