

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL
Toledo - Antioquia

Veintidós (22) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Proceso	Acción de Tutela.
Providencia	Sentencia No. 019
Accionante	Conrado Antonio Restrepo Cardona
Afectado	Margenia del Socorro Arboleda Zapata
Accionada	Nueva E.P.S.
Radicado	No. 05-819-40-89-001-2021-00078-00
Decisión	Concede Amparo Constitucional.

Procede el despacho a dictar sentencia dentro del proceso de acción de tutela instaurado por el señor **Conrado Antonio Restrepo Cardona**, actuando en calidad de Personero Municipal y como agente oficioso de la señora **Margenia del Socorro Arboleda Zapata**, en contra de **Nueva E.P.S.**, a través de la cual invocó la protección de su derecho fundamental de acceso al Sistema General de Seguridad Social en Salud, especialmente a recibir oportunamente los medicamentos ordenados por su médico tratante.

ANTECEDENTES

1. En el escrito de solicitud de amparo constitucional, el agente oficioso manifestó que la señora Margenia Arboleda tiene la edad de 57 años, se encuentra afiliada a Nueva E.P.S., en calidad de cotizante del régimen contributivo.

Aunado, manifestó que la agenciada el día 4 de mayo del año corriente, reclamó los medicamentos ordenados por el galeno tratante sin éxito alguno, debido a que Nueva E.P.S. le negó dicho suministro.

Afirma, que su médico mes a mes le formula los medicamentos para el tratamiento de su patología, pero que desde hace cuatro meses su E.P.S., le ha negado la entrega de los mismos, por lo que ha tenido que adquirirlos por su cuenta pese al alto costo y el estado de vulnerabilidad que presenta.

Con base en la situación que viene de exponerse, la agenciada solicita, "(...) Ordene a la entidad accionada a suministrar sin dilaciones injustificadas lo ordenado por el médico tratante a la señora Margenia del Socorro Arboleda en las recetas que se anexan. (...)".

2. La presente acción de tutela fue admitida mediante auto del 14 de septiembre de 2021 a través del cual se le concedió a la entidad accionada el término de tres (3) días con el objeto de que ejercieran su derecho de defensa mediante el pronunciamiento acerca de los hechos que estructuran el amparo constitucional solicitado.

3. Dentro del término de traslado para que diera respuesta sobre la acción constitucional incoada, la entidad accionada allegó respuesta parcial indicando que, la formula se encuentra vencida, por lo que se requiere soporte de valoración médica que determine la continuidad de los medicamentos INSULINA Y EMPAGLIFLOZINA.

Asimismo, manifestó que Nueva E.P.S., no ha vulnerado los derechos fundamentales de la agenciada por cuanto siempre se ha ceñido a cumplir la normatividad aplicable en materia de seguridad social en salud, de manera que no existen cartas de negación de servicios en salud por parte de la entidad.

En cuanto a la pretensión de tratamiento integral solicitado por la agenciada, señaló, que no es procedente el amparo constitucional sobre derechos en salud futuros e inciertos, debido a que la agenciada no aporta las ordenes médicas de ninguno de los servicios sobre los cuales solicita la integralidad, por cuanto no se podría atender de manera adecuada la patología de la accionante y también porque los recursos en salud son escasos y limitados. De esta manera, señaló que debe existir la orden y la definición precisa de lo que se debe acatar para que la tutela sea efectiva.

En relación con el recobro, solicitó que en caso de ser desfavorable el fallo de tutela, se ordene expresamente a la administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud (ADRES) efectuar el respectivo recobro.

De esta manera, la entidad accionada solicitó de manera explícita que, *"(...)1.Respetuosamente se solicita al Despacho declarar improcedente la presente acción de tutela toda vez que no se ha demostrado vulneración por parte de Nueva EPS a los derechos fundamentales del accionante.2.Se solicita al Despacho que al notificar el fallo se realice de manera total, es decir, no solo la parte resolutive sino la providencia completa, en aras de conocer la decisión judicial y tener la opción de ejercer el derecho de defensa cuando se pertinente. Subsidiariamente: 3. No tutelar el derecho invocado, en relación con la solicitud de tratamiento integral, pues no se pueden tutelar derechos futuros e inciertos ya que la usuaria no aporta ordenes medicas de ningunos delos servicios que solicita en la integralidad y porque además no se los ha ordenado el médico tratante. 4.En caso de no compartir el Despacho, los argumentos expuestos, se solicita subsidiariamente fallar el presente asunto autorizando a nuestra entidad para efectuar el recobro del 100%ante la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL ENSALUD -ADRES de los valores pagados en exceso de sus obligaciones legales, respecto del accionante, especificando el término máximo concedido para efectuar el correspondiente reembolso. (...)"*.

CONSIDERACIONES

1. **Problema jurídico.** En atención a los hechos narrados por el accionante, deberá el Despacho determinar la procedencia de la acción de tutela de cara a la protección del derecho fundamental de acceso al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en los eventos que aquí se reclaman. Para resolverlo, el despacho analizará las principales reglas jurisprudenciales en materia, para luego estudiar el caso concreto.

2. **La acción de tutela.** Se encuentra definida en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 como un mecanismo judicial que permite a toda persona reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferencial y sumario, la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares encargados de la prestación de un servicio público, o frente a los cuales el accionante se encuentre en condiciones de subordinación o indefensión.

3. **La fundamentabilidad del derecho a la salud.** Para resolver el presente caso se hace necesario recordar que, en principio, el derecho a la salud, que se encuentra consagrado en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, fue considerado de naturaleza prestacional, y que cuando la afectación de este derecho comprometía la de otros de naturaleza fundamental, como el derecho a la vida en condiciones dignas y a la integridad personal, aquél adquiría, por conexidad, la calidad de derecho fundamental, lo cual hacía que, en principio, la acción de tutela fuese procedente para solicitar su protección.¹

Sin embargo, la honorable Corte Constitucional (sentencia C- 463 de 2008, M.P. doctor Jaime Araújo Rentanía) se ha referido al artículo 49 constitucional, el cual se ocupa de la atención en salud y al saneamiento ambiental como servicios públicos a cargo del Estado, reiterando de manera específica en el ámbito de la salud, que esta se debe garantizar y en especial *"a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud"*, insistiendo el constituyente en el carácter universal de este derecho, de donde se deriva su **FUNDAMENTABILIDAD**, en cuanto se reconoce a todos los habitantes del territorio nacional el derecho irrenunciable a la seguridad social en salud cuya efectividad debe garantizar el Estado (C.P artículo 48 inciso 2° y art. 49).

Concretamente y en relación con la seguridad social en salud, la Constitución reitera entonces que se trata de un servicio público a cargo del Estado, el cual debe organizar, dirigir y reglamentar su prestación de manera universal, esto es, garantizando a todos los habitantes del territorio nacional el acceso efectivo a los servicios en salud, **bien sea para la promoción, la protección o la recuperación de la misma.**

¹ Corte Constitucional, sentencia C-177 /98, citada en la sentencia T-042 A/01.

En virtud del entendimiento del derecho a la salud como un derecho constitucional con vocación de universalidad y por tanto de fundamentabilidad, la Corte en su jurisprudencia, ha resaltado la importancia que adquiere la protección del derecho fundamental a la salud en el marco del Estado social de derecho, en cuanto afecta directamente la calidad de vida.²

De igual manera ha considerado la H. Corte Constitucional en Sentencia T-266 de 2014, que la génesis del estatus fundamental del derecho a la salud, coincidió con la evolución de la protección de este derecho en el ámbito internacional, específicamente en la Observación N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la cual se señaló: *“La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos”*. (Negrillas fuera del texto original)

En este mismo sentido, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala en su párrafo 1° que *‘toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios’*.

También, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales contiene una de las disposiciones más completas y exhaustivas sobre el derecho a la salud. En su párrafo 1° determina que los Estados partes reconocen *“el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental’*, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, *diversas ‘medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho.’*

Con todo, la garantía del derecho fundamental a la salud, está funcionalmente dirigida a mantener la integridad personal y una vida en condiciones dignas y justa. Debido a esto, la jurisprudencia de esta Corporación manifestó,³ que existen circunstancias que necesariamente ameritan el suministro de insumos, medicamentos e intervenciones, que a pesar de no estar contemplados en el Plan de Beneficios necesitan ser prestados por las EPS, pues de lo contrario, se vulneraría el derecho fundamental a la salud. *Verbigratia*, los casos en donde las EPS niegan el suministro de pañales a las personas que no pueden controlar sus esfínteres, bajo el argumento que no se encuentran incluidos en el POS. Al respecto este Tribunal indicó: *“(...) cuando por el acatamiento de lo descrito en el Plan Obligatorio de Salud, se causa un perjuicio a derechos fundamentales como la vida, la integridad personal o la dignidad de la persona que requiere de los servicios por ellas excluidos, tal reglamentación debe inaplicarse y se debe ordenar su suministro, para garantizar el goce efectivo de los derechos y*

² Ver entre otros muchos pronunciamientos de esta Corte la sentencia T-597 de 1993

³ Al respecto, ver Sentencias T-114 y T-640 de 1997, SU-480/97, SU-819/99 ; T-442/94 ; T-691/98 ; T-875/99 ; T-685/98, T-514 de 1998, T-556 de 1998

garantías constitucionales. Así, cada situación concreta deberá ser evaluada, pues en casos de enfermedad manifiesta y ante la urgencia comprobada de la necesidad de esos servicios, no existe norma legal que ampare la negativa de prestarlos ya que por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema⁴.

En síntesis, todas las personas pueden acudir a la acción de tutela para lograr la protección del derecho fundamental a la salud, pues no solamente es un derecho autónomo sino que también comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad, derechos que deben ser garantizados por el Estado colombiano de acuerdo a los mandatos internacionales, Constitucionales y jurisprudenciales⁵. Sin dejar a un lado que, el derecho a la salud no es absoluto, pues se puede limitar conforme a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que ha fijado la jurisprudencia de este Tribunal.

Ahora bien, como consecuencia del deber insoslayable de aplicar las disposiciones constitucionales en todos los casos de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica (art. 4 C.P.), en veces se hace necesaria la inaplicación de las reglamentaciones administrativas, frente a la flagrante violación de algún derecho fundamental, propiciado, en más de las veces, por el acatamiento irrestricto de reglamentaciones, como aquellas contentivas de los Planes Obligatorios de Salud, que impiden la atención en salud, de quien ve amenazada su vida, haciéndose imperioso que mediante una orden de amparo el juez de tutela obligue a la EPS a la prestación de un servicio, aún excluido del PBS, pero necesario para la protección de un derecho fundamental, con apoyo en los cánones de orden constitucional, que siempre deberán estar por encima de los de estirpe meramente legal o reglamentaria.

En estos casos, donde se ordena a la EPS la prestación de un servicio que excede sus obligaciones contractuales, la jurisprudencia ha establecido, como mecanismo para restablecer el equilibrio económico y financiero de las entidades, una compensación económica, para que sea el Estado, con cargo a los recursos de solidaridad del sistema de seguridad social, quien asuma los costos de dichas prestaciones, que en aras de la protección de los derechos fundamentales le han sido impuestas. Este mecanismo se concretiza en la facultad conferida por el juez de tutela a la entidad administradora, para que repita en lo que exceda sus obligaciones legales ante la subcuenta de compensación del Fosyga, hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES.

Ahora, si bien ha quedado claro que cuando se impone a una EPS brindar un servicio no POS, le asiste la facultad de recobrar frente al ADRES, lo controversial resulta ser en este caso, la solicitud de la entidad accionada de que medie orden judicial del Juez *a quo* para el recobro ante el ADRES, pues lo cierto es que las EPS, están legalmente facultadas para ejercer dicho derecho, sin que sea necesario que

⁴ Corte Constitucional. Sentencias T-223 de 2006, T-933 de 2009, T-126 de 2010 y T-786 de 2010.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-144 de 2008.

medie orden judicial alguna. En este entendido, la Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado en sentencia T- 235 de 2018, ha sostenido que, *"Finalmente, en torno a la cuarta subregla, referente a la capacidad del paciente para sufragar los servicios, esta Corte ha insistido que debido a los principios de solidaridad y universalidad que gobiernan el Sistema de Seguridad Social en Salud, el Estado, a través del Fondo de Solidaridad y Garantías-FOSYGA- hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, sólo puede asumir aquellas cargas que, por real incapacidad, no puedan costear los asociados.*

En cuanto a la capacidad económica para sufragar los gastos de medicamentos, tratamientos o elementos, que no es una cuestión de cantidad sino de calidad, toda vez que depende de las condiciones socioeconómicas específicas en las que el interesado se encuentre y de las obligaciones que sobre él recaigan. Al respecto, la ya citada Sentencia T-760 de 2008, señaló que "(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". De este modo, la exigencia de acreditar la falta de recursos para sufragar los bienes y servicios médicos por parte del interesado, ha sido asociada a la primacía del interés general, al igual que al principio de solidaridad, dado que los particulares tienen el deber de aportar su esfuerzo para el beneficio del interés colectivo y contribuir al equilibrio y mantenimiento del sistema."

De esta manera, se estima entonces, que el recobro es una solicitud de reembolso ante el ADRES, presentada por las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo o Subsidiado, (EPS, EPS-S) o por las Entidades Obligadas a Compensar (EOC), tendiente a obtener el reconocimiento y pago de los servicios médicos y/o medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud prestados a los afiliados o beneficiarios de dichas entidades, siendo responsabilidad de la Administradora ADRES, adelantar el procedimiento de verificación, control y pago de recobro que presenten las entidades recobrantes con motivo de la prestación de servicios no cubiertas en el PBS.

Colofón de lo expuesto, en lo atinente al otorgamiento de facultades de recobro a la EPS, ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, se indica sobremanera que legalmente se encuentran facultadas para así solicitarlo ante la ADRES, quedando así superado el debate ante la desaparición de la orden judicial que disponía la prestación eventual de servicios excluidos del PBS.

Caso Concreto

En el asunto específico se aprecia que la señora Margenia Arboleda Zapata, señaló como hecho vulnerador de su derecho fundamental de acceso al Sistema General de Seguridad Social en Salud, la no entrega por parte de Nueva E.P.S. de los medicamentos ordenados por el galeno tratante.

De esta manera, una vez realizada la entrevista a la agenciada el día 22 de septiembre hogañó, nos comunicó que, a pesar de insistir en distintas ocasiones por la entrega de los medicamentos prescritos por su médico, esto no fue posible por los diferentes obstáculos que figuró su E.P.S.; indicó que, al reclamarlos siempre le dijeron que la orden médica no era clara o legible, razón por la cual, no se hizo la entrega de los mismos.

De otro lado, la entidad accionada dentro del término indicó frente a los hechos enunciados, que las formulas médicas anexadas se encuentran vencidas por lo que deberá realizarse nuevamente una valoración médica que determine la continuidad del suministro de dichos medicamentos.

En este sentido, en el presente asunto está plenamente demostrada la afiliación de la señora Margenia Zapata Arboleda, de 57 años de edad, a Nueva E.P.S., en el régimen contributivo de seguridad social en salud como cotizante, pues así se verifica en los anexos allegados, asimismo, que su médico tratante le prescribió los medicamentos EMPAGLIFOZINA 10 MG - TABLETAS, ATORVASTATINA 40 MG TABLETA, INSULINA GLARCINE (LANTUS) 3 ML PLUMA - LAPICERO, GLUCOMETRO UNIDAD, TIRILLAS DE GLUCOMETRÍA UNIDAD, LANCETA GLUCOMETRÍA UNIDAD y AGUJA DES PARA PEN INSULINA 31 G UNIDAD, fórmula que ha sido recetada mensualmente, pero que ha sido negada su autorización y entrega por parte de Nueva E.P.S.

En este sentido estima el juzgado que la omisión en autorizar el suministro de dichos medicamentos, sí amenaza sus derechos axiales, como quiera que, acorde a los hechos de la presente acción y de las pruebas documentales allegadas, hay una afectación clara a su calidad de vida, pues a su avanzada edad se suma las molestias en su estado de salud, y por lo tanto, requiere de estos medicamentos para preservar su vida, los cuales, tienen un alto costo, lo que por su condición, según clasificación del SISBEN, se encuentra en el grupo C11, en estado de vulnerabilidad, resultando evidente la imposibilidad de poder costear de manera particular sus medicamentos.

Así las cosas, los medicamentos solicitados buscan mejorar la calidad de vida de la agenciada y permitir que ésta subsista en condiciones de dignidad, por lo que, en tales condiciones es posible predicar que el derecho fundamental a la salud, le ha sido conculcado a la señora Margenia Arboleda Zapata, por lo que es factible su protección por vía de tutela. De otra parte, no resulta procedente lo manifestado por la entidad accionada en cuanto a la necesidad de que la paciente tenga que someterse nuevamente a una valoración médica para determinar la necesidad de continuidad de los medicamentos a causa de que las ordenes médicas se encuentran vencidas, en ocasión a que, finalmente, se estaría vulnerando indefinidamente su derecho fundamental a la salud en condiciones dignas, por cuanto, no le fueron entregados los medicamentos encontrándose vigente cada

formulará, indicando por lo tanto, en el criterio de este Juzgado deberán ser atendidas las órdenes del médico tratante, de manera que, al encontrarse probado que la parte accionante no puede acceder al servicio de ninguna otra forma, por lo cual, concurren los requisitos exigidos por la jurisprudencia.

En consecuencia, teniendo en cuenta que la Constitución Política es norma de normas y que cuando se presente incompatibilidad entre ésta y la Ley o cualquier otra norma jurídica, se deben aplicar, de manera preferente, las disposiciones Constitucionales (art. 4º. C.P.), y en vista de que se cumplieron todas las condiciones señaladas por la jurisprudencia para inaplicar las normas que reglamentan el plan obligatorio de salud, se concederá el amparo, para que Nueva E.P.S. dentro del término de las **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** siguientes, contadas a partir de la notificación de este fallo, autorice y entregue a la señora **Margenia del Socorro Arboleda Zapata**, los medicamentos EMPAGLIFOZINA 10 MG - TABLETAS, ATORVASTATINA 40 MG TABLETA, INSULINA GLARCINE (LANTUS) 3 ML PLUMA - LAPICERO, GLUCOMETRO UNIDAD, TIRILLAS DE GLUCOMETRÍA UNIDAD, LANCETA GLUCOMETRÍA UNIDAD y AGUJA DES PARA PEN INSULINA 31 G UNIDAD, en la cantidad y por el tiempo prescrito por el médico tratante.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, El **Juzgado Promiscuo Municipal de Toledo**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por mandato constitucional,

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales de acceso al Sistema General de Seguridad Social en Salud de la señora **Margenia del Socorro Arboleda Zapata** frente a Nueva E.P.S.

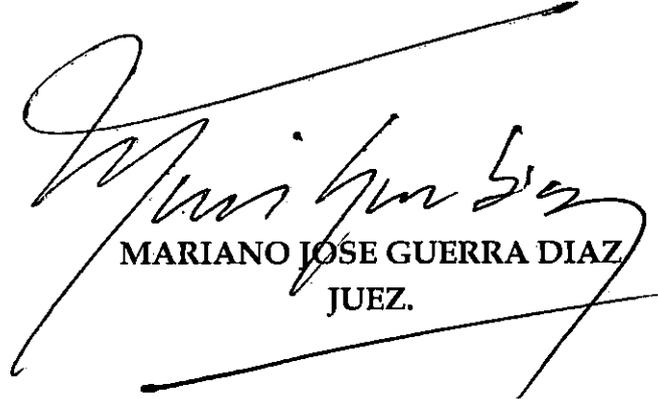
SEGUNDO: En consecuencia, **ORDENAR** a Nueva E.P.S., por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la debida notificación de ésta decisión, si aún no lo han hecho, realicen la entrega de los medicamentos EMPAGLIFOZINA 10 MG - TABLETAS, ATORVASTATINA 40 MG TABLETA, INSULINA GLARCINE (LANTUS) 3 ML PLUMA - LAPICERO, GLUCOMETRO UNIDAD, TIRILLAS DE GLUCOMETRÍA UNIDAD, LANCETA GLUCOMETRÍA UNIDAD y AGUJA DES PARA PEN INSULINA 31 G UNIDAD, en la cantidad y por el tiempo prescrito por el médico tratante. Asimismo, se realice la entrega de las dosis que sean indicadas nuevamente por el término que indique su médico tratante sin que sea necesario impetrar una nueva acción de tutela para el reclamo de los mismos.

TERCERO: ADVERTIR a la accionada, que de conformidad con lo establecido en los artículos 27 y 31 del Decreto 2591 de 1991, el cumplimiento del presente fallo deberá hacerse sin demora, so pena de las sanciones de Ley.

CUARTO: Contra la presente determinación procede el recurso de apelación que deberá presentarse dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación. De lo contrario, la actuación será remitida a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

QUINTO: Notifíquese a las partes por la secretaría del Despacho

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.



MARIANO JOSE GUERRA DIAZ
JUEZ.