

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL  
JUZGADO PROMISCO MUNICIPAL  
Toledo - Antioquia

Veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

<b>Proceso</b>	Acción de Tutela.
<b>Providencia</b>	Sentencia No. 021
<b>Accionante</b>	Conrado Antonio Restrepo Cardona
<b>Afectado</b>	Georgina Zapata Henao
<b>Accionada</b>	Nueva E.P.S.
<b>Radicado</b>	No. 05-819-40-89-001-2021-00080-00
<b>Decisión</b>	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 **Georgina Zapata Henao**, en contra de **Nueva E.P.S.**, a través de la cual invocó la protección de su derecho fundamental de acceso a la salud en condiciones dignas y de igualdad con las demás personas, especialmente a recibir oportunamente los medicamentos ordenados por el galeno tratante.

**ANTECEDENTES**

1. En el escrito de solicitud de amparo constitucional, el agente oficioso manifestó que la señora Georgina Zapata, tiene la edad de 76 años y se encuentra afiliada a Nueva E.P.S., dentro del régimen contributivo.

Aunado, manifestó que a la agenciada el día 15 de junio del presente año, su médico tratante le formuló INSULINA GLARCINE (LANTUS) 3 ML y otros medicamentos para el control de su patología, fórmula que se ordenó para tres meses repartidos para entrega cada 30 días.

Afirma, que la formulación se ha repetido los días 15 de los meses de julio y agosto, sin que hasta la fecha la entidad accionada haya realizado entrega alguna de los medicamentos ordenados por el galeno, por lo que, debido a su condición económica, no cuenta con los recursos suficientes para adquirirlos por su cuenta debido a su alto costo, comprometiéndose seriamente su estado de salud.

Con base en la situación que viene de exponerse, la agenciada solicita; "(...) Ordene a la entidad accionada a suministrar sin dilaciones injustificadas y de la forma prescrita por su médico, lo ordenado a la señora Georgina Zapata en las recetas que se anexan. (...)".

2. La presente acción de tutela fue admitida mediante auto del 15 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 se encuentran en análisis y verificación de los hechos, por lo que, una vez que cuenten con dicha información será remitida a la menor brevedad al Despacho.

Asimismo, manifestó que 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. Especial protección constitucional de los adultos mayores. Reiteración de Jurisprudencia.** En tanto, que en el caso de los adultos mayores, la sentencia T-111 de 2003<sup>1</sup> estableció que: *“La protección de las personas de la tercera edad tiene un carácter reforzado dentro del Estado social de derecho. Uno de los ámbitos en el cual se manifiesta este tratamiento preferencial es en la salud. Es tal la vulnerabilidad y desprotección de este grupo poblacional que, en algunas ocasiones, la jurisprudencia de esta Corporación ha llegado a considerar la salud de las personas de la tercera edad como derecho fundamental autónomo”*.

Existe un aspecto a tener en cuenta de la providencia hito, por cuanto se abordó el estudio del derecho fundamental a partir de una definición amplia, entendiendo la salud como: *“Un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo. La ‘salud’, por tanto, no es una condición de la persona que se tiene o no se tiene. Se trata de una cuestión de grado, que ha de ser valorada específicamente en cada caso. Así pues, la salud no sólo consiste en la ‘ausencia de afecciones y enfermedades’ en una persona. Es un estado completo de bienestar físico, mental y social dentro del nivel posible de salud para una persona”*.

No obstante, hoy la salud al ser un derecho fundamental plenamente autónomo, todavía conserva un vínculo cercano con el derecho a la dignidad humana y con el de otros derechos de índole constitucional; en este sentido, la sentencia T-014 de 2017<sup>2</sup> expresó: *“Así las cosas, el derecho a la seguridad social en salud, dada su inexorable relación con el principio de dignidad humana, tiene el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos del PBS que han sido definidos por las autoridades*

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sentencia T – 111 del 2003. Citada en la Sentencia 117 del 2019.

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia T – 014 del 2017. Citada en la Sentencia 117 del 2019.

competentes y, excepcionalmente, cuando la falta de dichos contenidos afecta la dignidad humana y la calidad de vida de quien demanda el servicio de salud”.

**4. La acción de tutela y el cubrimiento de servicios e insumos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (hoy Plan de Beneficios).** Al respecto, la Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado en sentencia T- 742 del 2017, señaló que, “(...) Para facilitar la labor de los jueces, la **sentencia T-760 de 2008**, resumió las reglas específicas que deben ser contrastadas y verificadas en aras de asegurar que la sostenibilidad del sistema de salud se armonice con las obligaciones que están en cabeza del Estado en su condición de garante del goce efectivo del derecho a la salud. Dicha sentencia concluyó que debe ordenarse la provisión de medicamentos, procedimientos y elementos no previstos en el POS con el fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurren las siguientes condiciones: “(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad; (ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad; (iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado”.

De hecho, esta sentencia puntualiza además que otorgar en casos excepcionales un medicamento o un servicio médico no incluido en el POS, no implica *per se* la modificación de dicho plan, ni la inclusión del medicamento o del servicio dentro del mismo, pues lo que se busca es el goce efectivo del derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas.

En este sentido, los medicamentos y servicios no incluidos dentro del POS, continuarán por fuera de éste y su suministro sólo será autorizado en casos excepcionales, cuando el paciente cumpla con las condiciones anteriormente descritas. Esto, sin que eventualmente el órgano regulador incluya ese medicamento o servicio dentro del plan de beneficios.

Sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido que en ciertos casos el derecho a la salud requiere de un mayor ámbito de protección. Así, existen circunstancias en las que a pesar de no existir órdenes médicas, la Corte ha ordenado el suministro y/o autorización de prestaciones asistenciales no incluidas en el POS, en razón a que la patología que padece el actor es un hecho notorio del cual se desprende que su existencia es indigna, por cuanto no puede gozar de la óptima calidad de vida que merece.

La Corte ha señalado puntualmente en relación con la primera *subregla*, atinente a la amenaza a la vida y la integridad por la falta de prestación del servicio, que el ser humano merece conservar niveles apropiados de salud, no sólo para sobrevivir, sino para desempeñarse adecuadamente y con unas condiciones mínimas que le permitan mantener un estándar de dignidad propio del Estado Social de Derecho.

De esta manera, esta Corporación ha reiterado que el derecho a la vida implica también la salvaguarda de unas condiciones tolerables y mínimas de existencia, que permitan subsistir con dignidad. Por lo tanto, para su garantía no se requiere necesariamente enfrentarse a una situación inminente de muerte, sino que su protección exige además asegurar una calidad de vida en condiciones dignas y justas, según lo dispuesto en la Carta Política.

En torno a la segunda *subregla*, atinente a que los servicios no tengan reemplazo en el POS, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se debe demostrar la calidad y efectividad de los medicamentos o elementos solicitados y excluidos del Plan Obligatorio de Salud. En relación con esto, ha señalado la Corte que si el medicamento o servicio requerido por el accionante tiene un sustituto en el plan de beneficios que ofrezca iguales, o mejores niveles de calidad y efectividad, no procederá la inaplicación del POS.

En cuanto a la tercera *subregla*, esto es que el servicio haya sido ordenado por un galeno de la EPS, para que un medicamento, elemento o procedimiento excluido del plan de beneficios pueda otorgarse por vía de tutela, esta Corporación ha sostenido que: *"i. Es el profesional médico de la EPS quien tiene la idoneidad y la capacidades académicas y de experticia para verificar la necesidad o no de los elementos, procedimientos o medicamentos solicitados. ii. Cuando dicho concepto médico no es emitido por un galeno adscrito a la EPS, sino por uno externo, la EPS no puede restarle validez y negar el servicio únicamente por el argumento de la no adscripción del médico a la entidad prestadora de salud. De esta forma, sólo razones científicas pueden desvirtuar una prescripción de igual categoría. Por ello, los conceptos de los médicos no adscritos a las EPS también pueden tener validez, a fin de propiciar la protección constitucional de las personas. iii. Esta Corte, de forma excepcional, ha permitido el suministro de elementos o medicamentos, aun cuando no existe orden de un médico tratante, siempre y cuando se pueda inferir de algún documento aportado al proceso -bien sea la historia clínica o algún concepto médico- la plena necesidad de lo requerido por el accionante"*.

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-, sólo puede asumir aquellas cargas que por real incapacidad, no puedan costear los asociados. Así, en estos casos se deben analizar las condiciones socio económico específico en las que el interesado se encuentre y las obligaciones que sobre él recaigan, con el fin de determinar si el costo del servicio *"afecta desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona"*.

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.

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 medie acción de tutela 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 resolutoria 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 Georgina Zapata, señaló como hecho vulnerador de su derecho fundamental de acceso a la Salud, en condiciones dignas y de igualdad con las demás personas, 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 24 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.; señaló, que en razón a su edad y problemas en su salud no trabaja, teniendo que vivir de lo que sus hijos le proporcionen, razón por la cual, no cuenta con las condiciones económicas que le permitan adquirirlos por su cuenta.

De otro lado, la entidad accionada dentro del término indicó frente a los hechos enunciados, que una vez se verifique los hechos y pretensiones se dará una respuesta a la pretensión de la agenciada.

En este sentido, en el presente asunto está plenamente demostrada la afiliación de la señora Margenia Zapata Arboleda, de 76 años de edad, a Nueva E.P.S., en el

régimen contributivo de seguridad social en salud como beneficiaria, pues así se verifica en la consulta del sistema ADRES, asimismo, que su médico tratante le prescribió los medicamentos DAPAGLIFOZINA +METFORMINA 10 MG + 1000 MG - TAB. 10 MG + 1000 MG, INSULINA GLARCINE (LANTUS) 3 ML PLUMA - LAPICERO, TIRILLAS GLUCOMETRIA UNIDAD NES - UNIDAD, LANCETA GLUCOMETRIA UNIDADES - UNIDAD, AGUJA DES PARA PEN INSULINA B31 G - UNIDAD, fórmula que ha sido recetada mensualmente, pero que no fue entregada en los meses de julio y agosto por la entidad accionada.

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 suman las molestias en su estado de salud, por lo que requiere de estos medicamentos para preservar su vida.

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 Georgina Henao Zapata, por lo que es factible su protección por vía de tutela; entretanto, por tratarse de una persona de la tercera edad, se entiende que se encuentra en un estado de vulnerabilidad manifiesta, siendo un deber del Juez aquo, garantizar sus derechos fundamentales, 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. 4°. 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 **Georgina Zapata Henao**, los medicamentos DAPAGLIFOZINA +METFORMINA 10 MG + 1000 MG - TAB. 10 MG + 1000 MG, INSULINA GLARCINE (LANTUS) 3 ML PLUMA - LAPICERO, TIRILLAS GLUCOMETRIA UNIDAD NES - UNIDAD, LANCETA GLUCOMETRIA UNIDADES - UNIDAD, AGUJA DES PARA PEN INSULINA B31 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, resuelve,

**PRIMERO: TUTELAR** los derechos fundamentales de acceso a la salud en condiciones dignas y de igualdad con las demás personas de la señora **Georgina Zapata Henao**.

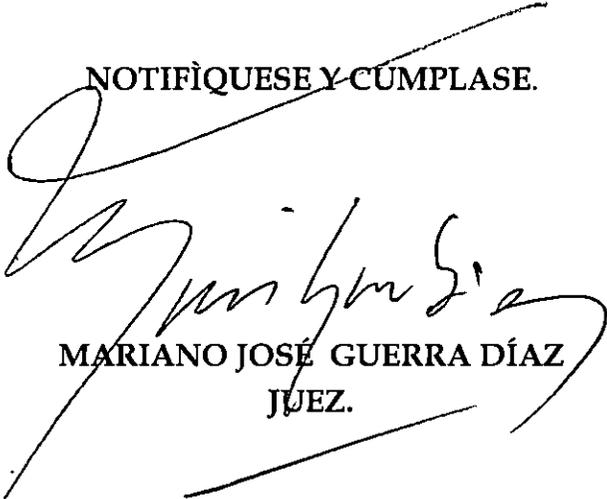
**SEGUNDO:** En consecuencia, **ORDENAR** a Nueva E.P.S., por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la debida notificación de ésta decisión, si aún no lo han hecho, realicen la entrega de los medicamentos **DAPAGLIFOZINA +METFORMINA 10 MG + 1000 MG - TAB. 10 MG + 1000 MG, INSULINA GLARCINE (LANTUS) 3 ML PLUMA - LAPICERO, TIRILLAS GLUCOMETRIA UNIDAD NES - UNIDAD, LANCETA GLUCOMETRIA UNIDADES - UNIDAD, AGUJA DES PARA PEN INSULINA B31 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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**MARIANO JOSÉ GUERRA DÍAZ**  
**JUEZ.**