REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL
JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL
Toledo – Antioquia

Siete (07) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Proceso	Acción de Tutela.
Providencia	Sentencia No. 002
Accionante	Conrado Antonio Restrepo Cardona
Afectado	Francisco Enoc Correa Isaza
Accionada	Savia Salud E.P.S.
Radicado	No. 05-819-40-89-001-2022-00004-00
Decisión	Concede Amparo Constitucional.

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro del proceso de acción de tutela instaurado por el Dr. **Conrado Antonio Restrepo Cardona,** actuando en calidad de Personero Municipal y como agente oficioso del señor **Francisco Enoc Correa Isaza,** a través de la cual invocó la protección de su derecho fundamental de acceso a la salud, especialmente a recibir oportunamente y sin dilaciones injustificadas los procedimientos ordenados por su médico tratante.

ANTECEDENTES

1. En el escrito de solicitud de amparo constitucional, el agente oficioso manifestó que el señor Francisco Correa tiene la edad de 69 años, se encuentra incluido en el Registro Único de Víctimas (RUV), por el hecho victimizante de desplazamiento forzado; asimismo, que se encuentra afiliado al régimen subsidiado de salud en calidad de cabeza de familia en Savia Salud E.P.S., y está clasificado en el grupo C5 del SISBEN como población vulnerable.

Aunado, manifestó que el agenciado el día 26 de octubre del año pasado, fue valorado por su médico tratante, el cual le diagnosticó DESNUTRICIÓN PROTEICOCALÓRICA SEVERA, NO ESPECIFICADA, recetándose para el tratamiento de su patología 26 latas de proteína PROWHY NET POLVO 434 G/LATA, para consumir a razón de 124 gramos por día por un lapso de tres (3) meses.

Asimismo, señaló que el señor Correa Isaza ha estado reclamando lo ordenado por su médico sin tener éxito alguno, debido a que, en la oficina de la E.P.S. ubicada en el Municipio de Toledo no le dan razón sobre su formulación, lo que ha imposibilitado que por su alto costo tenga acceso, debido a que, no cuenta con los

recursos económicos suficientes para hacerlo, colocándose de esta manera, en evidente riesgo su estado de salud.

Con base en la situación que viene de exponerse, la agenciada solicita, "(...) *Se ordene a la entidad accionada a suministrar los elementos ordenados por el galeno tratante de tal manera que pueda contar con un tratamiento a tiempo continuo y sin dilaciones injustificadas que restablezcan su estado calamitoso de salud. (...)".*

2. La presente acción de tutela fue admitida mediante auto del veinticinco (25) de enero de 2022, 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 manifestó que el usuario solicita un servicio que no se encuentra dentro del plan de beneficios en salud con cargo a la UPC, de manera que, se analizó la solicitud vía MIPRES, donde se informó que no fue direccionado debido a que es necesario validar la selección del producto bajo los criterios de prescripción de tecnologías NO PBS, por lo que deberá ser autorizado por la autoridad competente o registro sanitario.

El línea de lo expuesto, indicó que si bien no se autorizaron los servicios NO PBS solicitados, ello no obedece a un actuar omisivo, sino que se dio cumplimiento a la normatividad vigente, por lo que se procedió a informar lo anterior a la hermana del agenciado. 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.Se solicita de manera respetuosa, DECLARAR improcedente la tutela por CARENCIA DE OBJETO toda vez que la ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA E.P.S. S.A.S. [SAVIA SALUD E.P.S.] no está vulnerando derecho fundamental alguno. 2.Ya que la presente formulación del medicamento Prowhey NET Polvo 434 g / Lata, es denominado una exclusión al plan de beneficios financiados con recursos de la UPC se solicita al despacho ordenar al médico tratante determinar la clínica actual del paciente y definir la mejor conducta médica acorde a los lineamientos emitidos por el MINISTERIO DE SALUD (resolución 2481 de 2021)y así como evaluar otras opciones de tratamiento, útiles e indicadas en el manejo y control de la patología del usuario. 3.En caso de que el señor juez, pese a la argumentación realizada en líneas antecedentes, decida ordenar la entrega del medicamento, se solicita de manera respetuosa pronunciarse expresamente sobre en recobro, conforme a los argumentos antes expuestos, toda vez que, al ser una tecnología excluida, nuestra entidad no tendría mecanismo para obtener por parte del ADRES el reconocimiento de dicho servicio. 4. Dispensar fotocopia auténtica del fallo con constancia de ejecutoria.*

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 Rentenría) 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.**

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

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

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."*

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 jurisprudenciales[3]. 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.

En relación con los principios abordados anteriormente, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la prestación efectiva y eficiente del servicio de salud no puede interrumpirse o fraccionarse con base en barreras administrativas que deban adelantar las entidades prestadoras de salud y/o conflictos entre los distintos organismos que componen el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Al respecto, la Corte Constitucional, M.P. Dr. Alberto Rojas Ríos, Dr. Carlos Bernal Pulido y Dra. Diana Fajardo Rivera en la sentencia T-239 de 2019, indicaron sobre este tema que: *"**la negligencia de las entidades encargadas de la prestación de un***

---

[2] Ver entre otros muchos pronunciamientos de esta Corte la sentencia T-597 de 1993
[3] Corte Constitucional. Sentencia T-144 de 2008.

servicio de salud a causa de trámites administrativos, incluso los derivados de las controversias económicas entre aseguradores y prestadores, no puede ser trasladada a los usuarios por cuanto ello conculca gravemente sus derechos, al tiempo que puede agravar su condición física, psicológica e, incluso, poner en riesgo su propia vida. De ahí que la atención médica debe surtirse de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de integralidad y continuidad, sin que sea constitucionalmente válido que los trámites internos entre EPS e IPS sean imputables para suspender el servicio".

Como ejemplo de ello, esta Corporación ha enfatizado en varias ocasiones que si un profesional de la salud determinó que un paciente necesita la realización de algún procedimiento o la entrega de un medicamento o insumo, las EPS tienen el deber de proveérselo, sin importar si están incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS) con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC).

Al respecto, la reciente sentencia T-464 de 2018 explicó, en un caso semejante, que la prestación de servicios de salud y/o entrega de medicamentos o insumos debe analizarse con base en tres posibilidades:

"i. Que se encuentren incluidos en el PBS con cargo a la UPC, en cuyo caso, al ser prescritos, deben ser suministrados por la EPS y financiados por la UPC;

*ii. Que no estén expresamente incluidos en el PBS con cargo a la UPC o que, a pesar de estarlo en el PBS, no sean financiados por la UPC. **En este evento, se deberá adelantar el procedimiento previsto por la Resolución 1885 de 2018 para su suministro y para que la EPS solicite el recobro a la ADRES**. Adicionalmente, en caso de ser reclamados en sede de tutela, el juez constitucional debe verificar el cumplimiento de los requisitos decantados por la jurisprudencia de esta Corporación para ordenar su autorización; o*

iii. Que se encuentren excluidos expresamente del Plan de Beneficios en Salud, como consecuencia del procedimiento de exclusión previsto por la Resolución 330 de 2017."

Ahora bien, Para facilitar la labor de los jueces, la Sentencia T-760 de 2008, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, 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 a cargo 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 que estén excluidos del PBS a fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados, cuando concurran 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 PBS, en un caso específico, no implica *per se* la modificación del Plan de Beneficios en Salud, ni la inclusión del medicamento o del servicio dentro del mismo, pues lo que exige es que exista un goce efectivo de los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas en cada caso concreto.

En este sentido, los medicamentos y servicios no incluidos dentro del PBS, continuarán excluidos 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 para todos los afiliados.

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.

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 el señor Francisco Correa, es una persona de avanzada edad y se encuentra dentro de un diagnóstico de DESNUTRICIÓN PROTEICOCALÓRICA SEVERA, NO ESPECIFICADA, para lo cual, fue recetado por su médico tratante con 26 latas de proteína PROWHEY NET POLVO G/LATA, para el consumo de tres meses, de lo que manifiesta su E.P.S. no ha realizado la entrega, colocando en grave riesgo su estado de salud, debido a que por su alto costo no ha podido acceder a ellas de manera particular.

De esta manera, una vez realizada la entrevista al agenciado el día 03 de febrero al abonado telefónico 3122481390, nos comunicó que, a pesar de insistir en distintas ocasiones por la entrega de las proteínas prescritas por su médico, esto no fue posible por los diferentes obstáculos que figuró su E.P.S., por lo que, se encuentra en gran preocupación por su estado de salud.

De otro lado, la entidad accionada dentro del término indicó frente a los hechos enunciados, que la autorización de dichas proteínas no se había podido realizar en ocasión a que las mismas no se encuentran dentro de los medicamentos PBS con recargo a la UPC, por lo que, en aplicación a la normatividad que los rige, no les era posible su autorización.

En este sentido, en el presente asunto está plenamente demostrada la afiliación del señor Francisco Enoc Correa Isaza, de 69 años de edad, a Savia Salud E.P.S., en el régimen subsidiado de seguridad social en salud como cabeza de familia, pues así se verifica en los anexos allegados, asimismo, que su médico tratante le prescribió 29 latas de proteína PROWHEY NET POLVO 434 G/LATA, para el consumo de tres meses, 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 la proteína recetada, 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 estas proteínas para preservar no solamente su estado de salud en condiciones de dignidad, sino su propia vida; debido a que por el alto costo de las mismas, no ha logrado acceder a ellas; de esta manera, según el SISBEN, se encuentra en el grupo C5, que lo clasifica

como vulnerable, además de pertenecer al régimen subsidiado en salud, resultando evidente de la imposibilidad de poder costear de manera particular sus medicamentos.

Así las cosas, las proteínas solicitadas buscan mejorar la calidad de vida del agenciado y permitir que éste 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 al señor Francisco Correa, por lo que es factible su protección por vía de tutela. De otra parte, no resulta procedente lo manifestado por la entidad accionada, ya que, en el criterio de este Juzgado deberán ser atendidas de manera inmediata las órdenes del médico tratante, pues, es evidente que el agenciado por su avanzada edad y la patología que presenta, necesita atención priorizada por parte de la E.P.S., puesto que de ninguna manera es viable poner en riesgo la vida de una persona existiendo la responsabilidad del estado de hacer efectivo el acceso al sistema de salud de todos sus asociados, sobremanera, de un sujeto de especial protección constitucional.

En consecuencia, al encontrarse probado que la parte actora no puede acceder al medicamento recetado de ninguna otra forma por su elevado costo, y dadas sus condiciones económicas, la E.P.S. accionada deberá de manera inmediata proveer lo formulado por su médico, y 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 **Savia Salud 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*** al señor **Francisco Enoc Correa Isaza**, lo ordenado por su 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 el derecho fundamental de acceso al Sistema General de Seguridad Social en Salud del señor **Francisco Enoc Correa Isaza** frente a **Savia Salud E.P.S.**

SEGUNDO: En consecuencia, **ORDENAR** a **Savia Salud 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 las 26 latas de proteína PROWHEY NET POLVO 434 G/LATA, para consumir a razón de 124 gramos por día por un lapso de tres (3) meses. 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.