REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
SALA DE DECISIÓN PENAL
MAGISTRADO PONENTE
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, veinticuatro (24) de agosto de dos mil diez (2010).

Aprobado por Acta No.0546
Hora: 8:05 a.m

1.- VISTOS

Desata la Sala por medio de este proveído la impugnación interpuesta por la NUEVA EPS, contra el fallo de tutela proferido por la señora Jueza Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, con ocasión de la acción interpuesta por el apoderado del señor **JOSÉ BERNARDO BUSTAMANTE ARISTIZÁBAL.**

2.- DEMANDA

El apoderado del señor **BUSTAMANTE ARISTIZÁBAL** indicó que: (i) este último se encuentra afiliado a la NUEVA EPS desde que la entidad empezó a funcionar; (ii) hace varios años fue diagnosticado con una enfermedad crónica de tipo coronario, la cual le genera dolencias que lo llevaron a solicitar asistencia médica en el Hospital de Santa Rosa de Cabal, lugar donde se le brindó la atención primaria; (iii) como su problema de salud era complejo fue remitido a la ciudad de Pereira, donde después de varios trámites pudo ser atendido en el Hospital San Jorge el día 05-05-10; (iv) el diagnóstico patológico entregado en dicha E.S.E. fue de "oclusiva de las arterias

hipogástrica derecha, femoral profunda izquierda", situación por la cual tuvo que permanecer hospitalizado hasta el día 03-06-10, lapso en el que se le recetaron diferentes medicamentos que fueron sufragados por la E.S.E. y la familia del accionante, quien no cuenta con recursos económicos suficiente para ello; (v) una vez le dieron de alta, se le formularon múltiples medicamentos entre los que se encuentra "Enoxaparina sodica 60 m.g./ 0.6 m.l. sol iny, concentración 1 de ampollas, 30 ampollas en total", con la aclaración de que debe aplicarse una ampolla cada día, sin que pueda suspender el tratamiento; y (vi) el medicamento fue solicitado a la NUEVA EPS quien no lo autorizó aduciendo que no lo tenía y que no está incluido en el POS.

Por lo expuesto, considera que la salud y la vida del señor **BUSTAMANTE ARISTIZÁBAL** se encuentran en peligro, puesto que necesita el medicamento para evitar consecuencias tan graves como quedar en silla de ruedas o incluso perder la vida.

3.- TRÁMITE Y FALLO

3.1.- Una vez admitida la demanda de tutela el Juzgado de conocimiento corrió traslado de la misma a la NUEVA EPS para que hiciera uso de su derecho de defensa, lo cual realizó de la siguiente manera:

- Los procedimientos y medicamentos P.O.S. se le han entregado en debida forma al paciente; sin embargo, el medicamento solicitado no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud, y no fue ordenado por un médico adscrito a la E.P.S., es decir que no se cumplen los requisitos jurisprudenciales y legales para la entrega de un medicamento NO POS.

- Expuso que no era posible conceder la tutela por cuanto no existió vulneración de derechos fundamentales; además, el accionante no elevó solicitud alguna para que se le aprobaran estos servicios, motivo por el cual

el servicio nunca fue negado. Por lo tanto, a su modo de ver se debería declarar la carencia total de objeto.

3.2.- Vencido el término constitucional, la *a quo* profirió sentencia amparando los derechos fundamentales reclamados, providencia de la que pueden extractarse las siguientes consideraciones:

- En la eventualidad presentada, como quiera que el accionante tuvo que ser atendido por urgencias en una entidad no adscrita a la NUEVA EPS, se conoce que cuando un galeno tratante no adscrito a la entidad prescribe un medicamento NO POS, la jurisprudencia ha trazado el *modus operandi* que debe adoptar la EPS, el cual se resume en la obligación que tiene de descartar o modificar científicamente el primer diagnóstico, es decir que la forma de contradecir la primera prescripción médica es haciéndolo con un nuevo diagnóstico.

No obstante la EPS incumplió con el planteamiento del máximo órgano constitucional, puesto que no desvirtuó ese primer concepto médico, y por ello decidió tutelar los derechos fundamentales del señor **BUSTAMANTE ARISTIZÁBAL** y ordenó que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia se autorizara la entrega del medicamento objeto de tutela, con la respectiva valoración mensual por parte del médico especialista adscrito a la NUEVA EPS; adicionalmente, facultó a la entidad a recobrar ante el FOSYGA por el 50% de los costos en que incurra al dar cumplimiento al fallo, en atención a que fue inferior a sus obligaciones legales.

4.- IMPUGNACIÓN

La representante de la NUEVA EPS presentó memorial en el cual plantea su inconformidad y como petición principal dice oponerse al punto dos del fallo, basada en análogos argumentos a los por ella expuestos cuando contestó la

demanda. Como petición subsidiaria solicitó que se cambie el monto de la autorización para el recobro al FOSYGA de 50% a 100%.

5.- POSICIÓN DE LA SALA

Se tiene competencia para decidir la impugnación incoada contra el fallo proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, de conformidad con las facultades conferidas en los artículos 86 y 116 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000.

5.1.- Problema jurídico planteado

De acuerdo con los argumentos expuestos en el escrito de impugnación, corresponde a la Colegiatura en este pronunciamiento establecer el grado de acierto o desacierto que contiene la providencia de primer nivel, en cuanto ordenó a la NUEVA E.P.S hacer entrega del medicamento que le fue ordenado al señor **BUSTAMANTE ARISTIZÁBAL**, a pesar de que no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud, y fue recetado por un médico que no se encuentra adscrito a esa entidad; adicionalmente, de ser procedente, indicar si la orden frente a la autorización para el recobro consulta los lineamientos legales y jurisprudenciales que rigen la materia.

5.2.- Solución a la controversia

Como inconformidad principal, plantea la apoderada de la entidad accionada, que la juez de primer nivel no debió haber concedido el amparo constitucional al señor **BERNARDO BUSTAMANTE** puesto que la orden para el medicamento que reclama fue expedida por un médico que no se encuentra adscrito a la entidad; sin embargo, desde ahora esta Magistratura anuncia que tal como se advirtió en la sentencia impugnada, los argumentos de la entidad no son suficientes para desestimar la prescripción clínica que se le

hizo al actor, toda vez que, la misma se originó como consecuencia de una urgencia médica, es decir, no es que el señor **BUSTAMANTE ARISTIZABAL** de manera voluntaria haya querido desatender los trámites administrativos que la EPS ha establecido para estos casos, lo que realmente ocurrió es que en vista del grave estado de salud que presentaba, fue remitido al Hospital San Jorge de Pereira, lugar donde lo atendieron y como era de esperarse, le enviaron los medicamentos necesarios para contrarrestar su problema.

Como acertadamente lo expuso la juez *a quo*, no es procedente que la EPS sin ningún argumento médico y sin valoración accesoria, le niegue a un afiliado la atención bajo el pretexto de que la orden no fue expedida por un profesional de la entidad, entre otras cosas porque de aceptarse esa posición, el paciente quedaría a la deriva a pesar de existir un concepto que prohíbe la suspensión de la droga. Lo mínimo que puede hacer la Empresa Prestadora de Servicios de Salud en casos como este, es brindar un acompañamiento real con el ánimo de lograr el mejoramiento de la salud de su usuario, y no por el contrario cerrarle sus puertas con el argumento de que se trata de un medicamento no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, formulado por un profesional que no se encuentra adscrito a la entidad.

La jurisprudencia que rige el debate propuesto ha sido enfática en establecer cuál debe ser el modus operandi de las empresas promotoras de salud ante un evento de prescripción médica de un galeno no adscrito a la EPS, de hecho, en la Sentencia de T-881 de 2008 la H. Corte Constitucional afirmó lo siguiente:

> "[…] **el concepto emitido por un médico tratante no adscrito a la EPS puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión**. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS,

> obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto." -negrillas nuestras-

A su vez, en la Sentencia T- 626 de 2009 planteó que:

> "[…] a los usuarios les asiste el derecho a que la empresa de salud a la cual se encuentran afiliados, se pronuncie desde el punto de vista médico, sobre el diagnóstico de su estado de salud emitido por un médico ajeno a la empresa."

En conclusión esta Magistratura no atenderá los argumentos expuestos por la apoderada de la NUEVA EPS, y por tal motivo confirmará la providencia respecto a ese específico punto.

Ahora, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, en lo que tiene que ver con la inconformidad por autorización para el recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantías del Estado sólo en un 50%, de conformidad con la jurisprudencia actual y en aplicación de la normatividad contenida en la Ley 1122 de 2007, no es admisible que las entidades sometan a los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud a las acostumbradas esperas con el pretexto de estarse adelantando trámites administrativos o legales.

El principio de "continuidad en la prestación del servicio" actualmente es mucho más exigente porque así los tratamientos prescritos a los pacientes no se encuentren contemplados tanto en el POS Contributivo como en el POS Subsidiado, las Entidades Prestadoras del Servicio deben cumplir con la obligación que les compete de suministrar la atención oportuna que requieren los pacientes; claro está, con la posibilidad de recobrar ante las entidades que deben sufragar los gastos en que incurran y a los que en principio no estén obligadas, es decir, el FOSYGA para el caso del Régimen Contributivo y la respectiva entidad territorial en lo que hace con el Régimen Subsidiado.
La H. Corte Constitucional en la sentencia C-463 del 14-05-2008, M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería, aclaró:

> "En el caso de que las EPS no estudien oportunamente los requerimientos del médico tratante para los usuarios del Régimen Contributivo respecto de servicios excluidos del POS y sean obligados a su prestación mediante acción de tutela, la sanción que impone la disposición demandada a las EPS es que los costos de dicha prestación serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga. En el caso del Régimen Subsidiado ésta disposición deberá entenderse en el sentido de que los costos de la prestación ordenada vía de tutela serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Ley 715 del 2001".

Debe decirse, que la posición de la NUEVA EPS no consulta los actuales pronunciamientos legales y constitucionales que rigen el debate que propone, situación que se torna abiertamente contraria a los intereses de las personas que además de estar padeciendo afecciones en su salud son sometidas a largas y odiosas esperas que van en detrimento de sus derechos fundamentales.

Por lo antes expuesto, se confirmará en su integridad el fallo de tutela impugnado.

6.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Constitución y la ley,

FALLA

PRIMERO: SE CONFIRMA la sentencia de tutela objeto de este proferimiento.

SEGUNDO: Por secretaría se remitirá el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

LEONEL ROGELES MORENO

El Secretario de la Sala,

WILSON FREDY LÓPEZ