REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

SENTENCIA DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

Pereira, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil doce (2012)

Hora: 5:45 p.m.

Aprobado por Acta No. 548

Radicación	66001-31-04-005-2012-00138-01
Accionante:	Armando Quiceno Ramírez en representación de sus hijas
Accionado:	SENA
Procedencia:	Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira

ASUNTO

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación interpuesta por el representante del **SENA**, contra el fallo del 23 de agosto de 2012, mediante el cual el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira, concedió la tutela de los derechos fundamentales invocados por el señor **ARMANDO QUICENO RAMÍREZ** quien actúa en nombre y representación de sus dos menores hijas Sara y Manuela Quiceno López.

ANTECEDENTES:

Relata el accionante que tanto sus dos pequeñas hijas como su cónyuge se encuentran vinculadas al servicio asistencial de salud que

presta el SENA (SMA-SENA) para los hijos y cónyuges de sus trabajadores, motivo por el cual no se encuentran afiliadas a ninguna EPS, pues no pueden ostentar ambas afiliaciones. En el año 2008, y después de presentar problemas de salud, el endocrinólogo detectó que la menor Sara tenía un problema de crecimiento motivo por el cual ordenó que de manera permanente debía recibir una hormona denominada "GENOTROPIN 36un. 12 mg". Posteriormente, en el año 2009, la menor Manuela presentó similares problemas de salud a los de su hermana, motivo por el cual fue llevada al especialista quien le diagnosticó igual problema de salud que el de su hermana, ordenándole para su tratamiento la misma hormona. Como el medicamento en mención tiene un alto costo, el SMA-SENA cubría un 90% del valor total y el accionante el 10% restante, para lo cual en cada oportunidad que debía cancelarlo autorizaba se le realizara el descuento por nomina cada mes. Sin embargo, en el mes de julio del presente año dejaron de suministrar el mencionado medicamento, y le suspendieron tanto a las menores como a su madre, los servicios médicos de atención ambulatoria, dejando sólo atención de emergencias, argumentando para ello que el señor Quiceno adeudaba una alta suma de dinero por el 10% de los medicamentos brindados a sus hijas; sugiriéndole afiliarlas como beneficiarias a la EPS a la cual él se encontraba afiliado. Frente a esto, indica que ha debido hacer prestamos de dinero con la Cooperativa de trabajadores del SENA para cubrir el porcentaje que debe pagar, situación que ha hecho que en la actualidad no tenga capacidad de endeudamiento, motivo por el cual ofreció cubrir parte de la deuda con el dinero de sus primas, pero le indicaron que ello no era posible.

Por otra parte afirma el petente que el SMA-SENA compra las hormonas a un precio mayor al comercial, y que ese sobre costo igual lo debe asumir él, indicando saberlo por cuanto hizo las cotizaciones para ver si podía comprarlo a su cargo pero igual es costoso y no puede pagarlo ya que cada una de sus hijas requiere la aplicación diaria del producto, requiriéndose de 16 ampollas trimestrales para cada una. Igualmente indica que la suspensión del tratamiento por parte del SMA-SENA atenta contra la vida, la integridad física y el desarrollo de sus hijas, pues la continuidad del

tratamiento es lo que asegura el éxito del mismo.

A partir de lo anterior, el señor Quiceno le solicita a la Judicatura proteger los derechos fundamentales de sus menores hijas ordenándole al SENA continuar brindando el tratamiento hormonal que requieren; adicionalmente, solicita se le ordene a la entidad, en caso de llegar a ser retirado de la institución, continuar brindándolo hasta tanto él pueda afiliarlas a otro sistema de seguridad social.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Penal del Circuito avocó el conocimiento de la actuación, concedió la medida previa, corrió el traslado a la parte accionada en la forma indicada en la ley y al efectuar el análisis de la situación fáctica planteada, en sentencia del 23 de agosto del año en curso, decidió amparar el derecho fundamental a la salud de las menores Manuela y Sara Quiceno López, ordenó al SERVICIO MÉDICO ASISTENCIAL DEL SENA, continuar brindando los medicamentos requeridos por las niñas mientras éstas sean beneficiarias de ese servicio especial de salud, sin imponer como barrera la capacidad económica del padre; igualmente ordenó les fueran reactivados los servicios médicos de atención ambulatoria que les fueron suspendidos desde julio de 2012, por último compulso copias con destino a la Fiscalía General de la Nación y a la Contraloría General de la República para que sean ellos quienes investiguen el posible detrimento patrimonial en que incurre la entidad por los sobrecostos con los que compra la hormona ordenada a las menores Sara y Manuela.

IMPUGNACIÓN

La Directora Regional del SENA, impugnó la decisión encontrándose dentro del tiempo legalmente establecido para ello, indicando que el Juez de primer grado se equivocaba en su decisión, pues no tuvo en cuenta varios puntos, entre ellos: i) el accionante se encuentra afiliado a una EPS del sistema general de salud, por tanto puede afiliar a sus hijas y a su cónyuge como beneficiarias de dicha entidad; ii) la suspensión en la entrega de los medicamentos no se dio como una decisión arbitraría y caprichosa de la entidad, se

presentó con arreglo a las normas que rigen el servicio médico asistencial del SENA; iii) el derecho a la salud de las menores no se vio afectado con la decisión adoptada, pues a pesar de que no se les entregaba la hormona ni se les atendía de manera ambulatoria, continuaron contando con el servicio de atención por urgencias; iv) el servicio de salud que presta el SENA a sus trabajadores es accesorio y voluntario, ya que la institución no es una entidad prestadora de salud, por tanto no se pretende con el sustituir los deberes y derechos que tienen los empleados respecto del servicio de salud general, motivo por el cual tienen la potestad de trasladar la responsabilidad de la atención integral de salud a la EPS que el funcionario se encuentre afiliado; v) desconoció el Juez de instancia que el SENA es una entidad pública por tanto no puede contratar directamente la compra de medicamentos con nadie, pues las contrataciones se deben hacer de acuerdo a lo reglado en la Ley 80 de 1993, por tanto el contrato se le adjudica al mejor oferente, quien se elije de aquellos que se presenten; vi) el Servicio Nacional de Aprendizaje no está en la obligación de asumir los costos adicionales en materia de salud, frente a la insolvencia del accionante, pues ello conlleva a la indebida destinación de recursos públicos, y vii) la base jurisprudencial usada por el Juez, no puede ser aplicada al caso concreto toda vez que en esas a las entidades a quienes se les obligaba a entregar la hormona es era EPSs, por tanto ello prueba es que el accionante debe acudir al sistema general de salud para que a sus hijas se les brinde la atención que requieren.

En atención a ello, solicita se revoque en su integralidad la decisión del Juez Quinto Penal del Circuito de Pereira.
Como respuesta al escrito de impugnación, el accionante presentó uno adicional donde indica oponerse a lo dicho por la accionada por cuanto: i) Si bien él está afiliado al servicio de salud en la EPS S.O.S, ni sus hijas ni su cónyuge son beneficiarias de esa entidad, por tanto, no pueden exigirle que les preste asistencia médica; ii) si bien el SMA-SENA es opcional para los beneficiarios de los empleados de la institución, no es cierto que sea complementario al sistema general de salud, por cuanto los beneficiarios del trabajador no pueden aparecer afiliados a ambos servicios, adicionalmente indica que la

atención del SMA es mejor que los de las EPS; iii) no es cierto que el 50% de sus primas legales y extralegales estén embargadas, pero a pesar de ello el SENA no realiza los descuentos que ha autorizado, argumentando que no existe disponibilidad, para luego indicar que no honra sus obligaciones; iv) no se tuvieron en cuenta sus solicitudes respecto de pedirle al proveedor del medicamento ajustar sus precios, teniendo en cuenta que había otros que lo vendían más económico y v) los sobrecostos en la compra de las hormonas para sus hijas no sólo afectan el erario público, sino también su capital ya que el debe asumir una parte de ese costo excesivo.

CONSIDERACIONES

Competencia

La Colegiatura se encuentra funcionalmente habilitada para desatar la impugnación interpuesta de conformidad con el canon 86 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 32 del Decreto Legislativo 2591 de 1991 y 1º del Decreto Reglamentario 1382 de 2000.

Problema jurídico planteado

Compete a esta Corporación establecer si en el presente asunto le asiste razón al SENA en cuanto a que lo ordenado por el Juez de primer grado no se encuentra ajustado a derecho y a las normas que rigen la prestación del servicio asistencial de salud de la institución y por tanto se debe revocar el fallo impugnado, o por el contrario debe confirmarse por hallarse que el mismo se emitió acorde a las leyes que orientan el tema.

Solución

Conforme con lo preceptuado por el artículo 86 de la Carta Constitucional, toda persona está facultada para promover acción de tutela ante los jueces, en cualquier momento y lugar, bien directamente o a través de representante, para la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando estén siendo vulnerados o amenazados con la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o

con la conducta de algunos particulares en los casos expresamente previstos en la ley.

Materia de decisión para esta Colegiatura, la constituye la pretensión de la entidad impugnante, en el sentido de que se revoque el amparo solicitado por el señor Armando para el derecho fundamental a la salud de sus menores hijas, específicamente en cuanto a la orden de seguir brindando atención medica a la menores y entregando las hormonas ordenadas por su médico tratante, a sabiendas de que él no ha honrado sus obligaciones prestacionales con la entidad y se niega a afiliar a las niñas al sistema general de salud, al cual él se encuentra adscrito.

El derecho a la salud está establecido en el artículo 49 de nuestra carta magna como un servicio público esencial el cual puede ser prestado tanto por particulares como por el Estado, sin embargo, siempre será el Estado el encargado de garantizarle el acceso a este servicio a toda la población. Es por ello, que la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia[1] ha recalcado la autonomía de dicho derecho y ha indicado que su protección asegura el principio constitucional de la dignidad humana. Sin embargo, al momento de solicitar su protección vía tutela, es deber del Juez constitucional verificar el cumplimiento de ciertos requisitos ello por cuanto existe un limite razoble al ejercicio de este derecho*"los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en el artículo 49 de la Carta Política suponen un límite razonable al derecho fundamental a la salud, haciendo que su protección mediante vía de tutela proceda en principio cuando: (i) esté amenazada la dignidad humana del peticionario; (ii) el actor sea un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) el solicitante quede en estado de indefensión ante su falta de capacidad económica para hacer valer su derecho."*[2]

En base a ello, se puede ver que en el presente asunto la acción de tutela deviene en procedente y se torna en un mecanismo idóneo para la protección del derecho a la salud de las menores Manuela y Sara Quiceno, ya que son sujetos de especial protección

[1] Ver Sentencias T-016 de 2007, T-760 de 2008. T- 360 de 2010 entre otras.
[2] Corte Constitucional, Sentencias T-922 de 2009, T-760 de 2008, T-189 de 2010.

constitucional y se encuentran dentro de las personas que están en un estado de indefensión por no contar con los medios económicos para hacer valer su derecho fundamental.

Respecto al Servicio Medico Asistencial del Sena se tiene que el mismo fue reglamentado por el Acuerdo 24 de 1978, el cual fue derogado por el artículo 5º de Acuerdo 30 de 1988. Dicho servicio se estableció en su momento como una garantía para las familias de los trabajadores de le entidad quienes no podían acceder a los servicios de salud, posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se mantuvo, a pesar de que los dependientes del trabajador pueden ser afiliados al sistema general de salud como beneficiarios, pero como un servicio opcional al que acceden siempre y cuando no se afilien a ninguna EPS, pues se considera que de entrar a ser afiliados a una EPS y al SMA-SENA, estarían incurriendo en una doble afiliación en los términos del artículo 48 del Decreto 806 de 1998, por cuanto si bien dicho servicio no tiene el status legal de una EPS, si cumple con la finalidad legal de proteger la seguridad social de los parientes beneficiarios de los empleados de la institución, y así lo dejó claro la Jefe de la Oficina Jurídica en el año 2003 en memorando que le enviara a la Jefe de la División de Recursos Humanos de la misma en la cual le indicó:

> *"Para continuar se debe reconocer que el Servicio Médico Asistencial, que contamos al interior del **SENA**, a pesar de no tener el status legal de una **EPS**, sí cumple la finalidad de proteger la Seguridad Social en Salud de los parientes (Beneficiarios) de los servidores públicos de la Institución, relacionados y en las condiciones del acuerdo 30 de 1998, con lo cual se materializa la prestación del servicio, como una obligatoriedad inicialmente en cabeza del Estado."*[3]

Bajo esos parámetros, es entendible la renuencia del señor Quiceno de pasar a sus hijas como beneficiarias de la EPS a la cual él se encuentra afiliado, más aún cuando para lograr la atención médica especializada que ellas necesitan, tendría que realizar todo el trámite administrativo para la autorización y entrega de medicamentos No-Pos que se debe hacer en sistema general de salud Colombiano.

[3] SENA, Memorando No. 1011-14658 del 26 de mayo de 2003, asunto: Concepto Servicio Médico Asistencial, tomado de http://www.sena.edu.co/downloads/normatividad/conceptos/1011-14658.pdf

Lo anterior, sirve de base para indicar que no es cierto lo que dice la accionada en cuanto a que el SMA del SENA es complementario al sistema general de salud, pues para predicar ello, se tendría que permitir que los beneficiarios de un empleado a la par que disfrutan de los servicios del SMA, pudieran estar afiliados a la EPS a la cual el trabajador se encuentra afiliado, para de esa manera poder decir que es posible trasladarle a la entidad prestadora de salud la atención de un paciente cuando no es posible que la encartada le brinde asistencia médica, bien sea por la complejidad del caso o por los costos de la atención.

De esa manera, hizo bien el Juez de primer grado en otorgar la protección al derecho fundamental a la salud de las menores Sara y Manuela, puesto que, más allá de la protección constitucional de sus derechos, no deben cargar con una serie de trámites administrativos en una EPS para lograr la atención en salud que requieren cuando la misma, debe estar, y está, garantizada legalmente por su calidad de hijas de un servidor público del SENA, motivo por el cual hasta el momento ha venido siendo prestada por esa institución, pues es allí donde reposan sus historias clínica, y donde están los médicos que las han tratado y conocen sus casos a fondo.

A pesar de lo anterior, no puede la Colegiatura desconocer que le asiste razón a la representante del SENA cuando indica que no puede la institución pagar por la insolvencia económica del accionante, más aún cuando han visto que no es posible realizarle más descuentos por nomina para cobrarle el 10% del costo de las hormonas que le deben ser aplicadas a las niñas, pues esa es una responsabilidad de él, sin embargo debe tener en cuenta la entidad que coaccionar dichos pagos suspendiendo la atención para las menores es un exabrupto, y atenta directamente contra sus derechos fundamentales, puesto que para ello cuenta con otros mecanismos legales adecuados a fin de hacer efectivos los dineros que en la actualidad le adeuda el señor Quiceno, igualmente tienen la posibilidad de hacer nuevos acuerdos de pago, teniendo en cuenta

que él ha afirmado estar dispuesto a cancelar el dinero que debe adicionar por el medicamento[4].

Para el cobro del 10% por el excedente del valor del servicio, cuando no es posible hacerle descuentos al servidor o cuando existe renuencia por parte de éste a cancelarlos, la entidad en sus directrices ha establecido lo siguiente:

> *"**EXCEDENTES POR CONCEPTO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS Y ODONTOLÓGICOS***
>
> *1. Realizar un saneamiento contable por concepto de excedentes, determinando con ello un estado actual de la cartera en mora si la hay.*
>
> *2. Iniciar un cobro persuasivo a cada deudor y en caso de renuencia al pago enviar a cobro coactivo para su cancelación.*
>
> *3. Cuando se generen excedentes por servicios suministrados a beneficiarios el funcionario o pensionado cancelará estrictamente en efectivo o a través de libranzas, antes de la fecha límite de pago establecida, señalando en cada pago el número de cuenta sobre la cual se esta efectuando el abono o la cancelación respectiva."*[5]

De esa manera, deberá la entidad entrar a revisar los mecanismos de cobro y de pago que tiene a su alcance, para conciliar con el accionante la manera como va a cancelar tanto el dinero que adeuda actualmente como el que debe pagar a futuro por el porcentaje del excedente que se obliga a sufragar por los medicamentos que el SMA-SENA le brinda a sus hijas para el tratamiento de sus problemas de desarrollo físico, sin que ello se imponga como una barrera para que tanto Sara como Manuela accedan a la hormona que requieren.

Respecto de la aplicación jurisprudencial, indica la encartada que el Juez de primer grado se equivocó al aplicar el precedente, porque en las sentencias que cita las ordenes para el suministro de la hormona se le da a las entidades promotoras de salud. Frente a ello le debe quedar claro a la demandada que la situación relevante no es el

[4] Folio 110 cuaderno de tutela.

[5] Coordinación Grupo de Servicio Médico Asistencial del SENA, Circular 1-2023-3-2007-007678, Bogotá 25 de septiembre de 2007, visto en http://senasecretariageneral.blogspot.com/2007/10/afiliacion-beneficiaris-servicio-medico.html

carácter de la entidad a la que se le esta dando la orden, sino, el demostrar que la Corte Constitucional ha estudiado el tema del suministro de hormonas para menores que las requieren como parte de un tratamiento para su desarrollo, y ha concluido que el suministro de las mismas es una manera de garantizar el derecho a la salud, la vida digna y el desarrollo de los niños y niñas que las necesitan, motivo por el cual se deben entregar sin imponer barreras para su acceso.

En cuanto a la orden del Juez Quinto Penal del Circuito de Pereira, no es ese un tema que deba ser tratado por este medio, ya que las explicaciones relativas al porque el medicamento se compra a un determinado proveedor y a un precio mayor o menor al comercial, es un asunto probatorio que debe ser tratado por la entidad ante los respectivos organismos de control, y no ante este Juez Colegiado quien no es el competente para decidir nada de fondo al respecto.

Por esta razón no es posible acceder a la revocatoria del fallo adoptado en primera instancia, y por el contrario se mantendrá incólume la sentencia impugnada.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión de Tutelas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad conferida en al Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad el fallo de tutela proferido por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira, el 23 de agosto de 2012, por medio del cual se protegió el derecho fundamental a la salud de las menores **SARA Y MANUELA QUICENO LÓPEZ.**

SEGUNDO: NOTIFICAR esta providencia a las partes por el medio más expedito posible y Remitir la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

JUAN CARLOS MORALES RAMÍREZ
Secretario