



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL – FAMILIA – DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia
Accionante : José Jesús Parra Tobón
Agente Oficioso : Daniel Rodríguez Chamorro
Presunto infractor : EPS-S Asmet Salud
Vinculada : Gobernación de Risaralda –Secretaría de Salud
Radicación : 2014-00129-01 (Interna 8901LLRR)
Procedencia : Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira
Temas : Procedimiento NO POS
Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA
Acta número : 284

PEREIRA, RISARALDA, DOS (2) DE JULIO DE DOS MIL CATORCE (2014).

1. EL ASUNTO A DECIDIR

La impugnación formulada dentro de la acción constitucional referida, luego de surtida la actuación de primera instancia, sin avistar nulidades que la invaliden.

2. LA SÍNTESIS DE LOS SUPUESTOS FÁCTICOS RELEVANTES

Cuenta el actor -luego de precisar el escrito a tener en cuenta-, que tiene 79 años de edad y que el médico le ordenó el suministro de un suplemento nutricional, sin que se lo hayan autorizado. Añade que *“nunca le entregan ni le autorizan los medicamentos que le ordena el médico”* y que no tiene recursos económicos para asumir los costos (Folios 6 y 7, del cuaderno No.1).

3. DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

A la salud en conexidad con la vida, a la seguridad social, a la dignidad humana, a la integridad física y el de los adultos mayores (Folio 6, del cuaderno No.1).

4. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Ordenar a la empresa de salud que le brinden una atención integral que comprenda, además del “*suministro negado*”, los medicamentos, exámenes especializados, los tratamientos requeridos y demás, por su condición especial de salud y ser de la tercera edad (Folio 6, del cuaderno No.1).

5. LA SÍNTESIS DE LA CRÓNICA PROCESAL

La acción fue asignada por reparto al Juzgado 5º Civil del Circuito de Pereira y con providencia del 09-05-2014 la admitió y ordenó, entre otros, notificar a las partes y al vinculado (Folio 10, ibídem). Dentro del plazo, acercó escrito la Secretaría de Salud Departamental (Folios 14 al 16, ibídem). Para el día 21-05-2014 se profirió sentencia (Folios 20 al 24, ibídem); posteriormente, se concedió la impugnación impetrada por la entidad promotora de salud, ante este Tribunal (Folio 44, ib.).

6. LA SINOPSIS DE LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Con fundamento en la jurisprudencia y en la edad del paciente (79 años), persona de especial protección constitucional, concedió el amparo y le ordenó a la entidad de salud que le autorizara el suplemento nutricional. Asimismo, el tratamiento integral por tratarse de un paciente con cáncer (Folios 20 al 24, ib.).

7. EL RESUMEN DE LA IMPUGNACIÓN

Se queja la EPSS Asmetsalud que en la sentencia se guarda silencio en relación con el recobro de los servicios de salud NO POSS, ya que no se encontraba obligada a prestar el servicio. Pide que se revoque el fallo y se ordene a la Secretaría de Salud Departamental que expida las órdenes de apoyo, conforme a lo dispuesto por el médico tratante y para la patología que presenta el paciente (Folios 29 al 34, ib.).

8. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

8.1. La competencia funcional

Esta Sala especializada está facultada en forma legal para desatar la controversia puesta a su consideración, por ser el superior jerárquico del Despacho que conoció en primera instancia (Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991).

8.2. La legitimación en la causa

Por activa se cumple en consideración a que quien ejerce la acción actúa a nombre de José Jesús Parra Tobón, este último persona natural, titular de los derechos subjetivos fundamentales, violados o amenazados, (Artículos 86 de la CP y 1º, Decreto 2591 de 1991), afiliado al régimen subsidiado en salud a través de Asmetsalud EPSS.

El señor Daniel Rodríguez Chamorro se encuentra legitimado para representar a su agenciado, José Jesús Parra Tobón, si se tiene en cuenta que este padece una enfermedad catastrófica, lo cual implica de por sí postración en cama “(...) y severas dificultades de movilización, por edad y/o por condiciones de salud, todo lo cual torna verosímil la imposibilidad física para ejercer por sí mismo la defensa de sus derechos fundamentales (...)”¹.

Y por pasiva la Secretaría de Salud Departamental del Risaralda y Asmetsalud EPSS, pues a ellas se endilga la presunta conducta violatoria de los derechos fundamentales, cuya protección se reclama (Artículo 13 Decreto 2591 de 1991).

8.3. El problema jurídico a resolver

¿Es procedente confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, que tuteló los derechos del accionante, conforme al escrito de impugnación?

8.4. La resolución del problema jurídico

8.4.1. Los presupuestos generales de procedencia

La Corte Constitucional tiene establecido que (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, indispensables

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-160 de 2014. MP: NiLson Pinilla Pinilla.

para conocer de fondo las solicitudes de protección de los derechos fundamentales. Este último supuesto no merece reparo, pues la acción se formuló dentro de los seis (6) meses siguientes a los hechos violatorios, que es el plazo general, fijado por la doctrina constitucional²; nótese que la última autorización de servicios brindada al tutelante data del 20-03-2014 (Folio 8, del cuaderno No.1) y la tutela se presentó el 07-05-2014 (Folio 4, del cuaderno No.1).

En cuanto a la subsidiariedad debe indicarse que la acción es viable siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, de tal manera que no se sustituyan los mecanismos legales ordinarios³. Esta regla tiene dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio judicial ordinario⁴: (i) la tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y (ii) La ineficacia de la acción ordinaria para salvaguardar los derechos fundamentales del accionante.

En el sub lite, el accionante no cuenta con otro mecanismo diferente a esta acción para procurar la defensa de los derechos invocados en su petición; además el hecho de ser una ciudadana de la tercera edad, padecer una enfermedad catastrófica (cáncer)⁵ y la situación económica al pertenecer al régimen subsidiado, la convierten en una persona de especial protección constitucional⁶. Por consiguiente, como este asunto supera el test de procedencia, puede examinarse de fondo.

8.4.2. Obligación de la EPS-S de autorizar el procedimiento

El suplemento nutricional Ensure está excluido del POS –Regímenes Contributivo y Subsidiado-, según la resolución número 5521 de 2013; por ende, por las especiales circunstancias de la accionante, se ha presentado una dilación injustificada de la promotora de salud para asumir la prestación del servicio.

Tiene fijado la jurisprudencia constitucional que la determinación de la entidad obligada a la prestación del servicio, depende del tipo de servicio y de la persona que lo requiera (En este sentido la sentencia T-760 de 2008, apartado 4.3.4). En efecto, cuando el servicio médico requerido es un tratamiento (Pruebas de diagnóstico, intervenciones quirúrgicas, terapias, insumos, etc.), la orden que se imparta, depende del régimen al

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-079 de 2010. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-162 de 2010. MP: Jorge Iván Palacio Palacio, T-034 de 2010. MP:G Jorge Iván Palacio Palacio y T-099 de 2008 MP: Manuel José Cepeda Espinosa

⁴ T-623 de 2011 MP Humberto Antonio Sierra Porto, T-498 de 2011 MP Luis Ernesto Vargas Silva, T-162 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-034 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-180 de 2009 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-989 de 2008, T-972 de 2005, T-822 de 2002, T-626 de 2000 y T-315 de 2000.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-036 de 2013. MP: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-110 de 2012. MP: María Victoria Calle Correa.

cual pertenece; empero, solamente se analizaran las variantes en el régimen subsidiado al cual pertenece la actora. Al respecto ha dicho la Corte Constitucional⁷:

(i) Cuando el servicio médico requerido es un medicamento, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud tiene la obligación de suministrarlo, tanto en el régimen contributivo (EPS) como en el régimen subsidiado (ARS⁸), asistiéndole a la respectiva entidad el derecho de repetir contra el Estado por el monto que, según las normas legales y reglamentarias, no le corresponda asumir. (ii) Cuando el servicio médico es un tratamiento (pruebas de diagnóstico, intervenciones quirúrgicas, terapias, etc.) la orden específica que se imparta depende del régimen al cual esté vinculado la persona.

(ii-1) En el régimen contributivo, la decisión que se debe adoptar en el caso de los tratamientos excluidos del plan obligatorio es igual a la que se debe tomar en el caso de los medicamentos excluidos; la entidad (EPS) tiene el deber de garantizar la efectiva prestación del servicio requerido, asistiéndole a ésta el derecho de recobro⁹.

(ii-2) En el régimen subsidiado la solución cambia, dependiendo de cuál sea la situación específica. La jurisprudencia ha indicado que en los casos en los cuales se demanda la atención en salud a una entidad que alega no tener la obligación de suministrar tratamientos excluidos del POSS, “(...) *surgen dos opciones de protección constitucional que deben ser aplicadas por el juez de tutela de acuerdo al caso concreto.*¹⁰ *La primera supone que la ARS garantice directamente la prestación del servicio, solución excepcional que se da en razón a que se trata de un menor o de un sujeto de especial protección constitucional;*¹¹ *la segunda de las opciones, la regla general, supone un deber de acompañamiento e*

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-249 del 12-04-2007. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸ Hoy EPS-S, conforme al artículo 14-2, Ley 1122.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Al respecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-897 de 2002 (MP Álvaro Tafur Galvis; en este caso se ordenó a la EPS realizar al accionante el examen de *mapeo con ablación*), T-506 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández; en este caso se ordenó a la EPS a autorizar el suministro e implantación de los audífonos formulados por el médico tratante) y T-678 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño; en este caso se ordenó a la EPS “autorizar a la accionante la práctica del procedimiento denominada queratoplastia lamelar con láser [*pachy link*]”)

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. La sentencia T-632 de 2002; MP: Jaime Córdoba Triviño, se refirió a las posibilidades de protección de los derechos fundamentales de las personas que requieren medicamentos o tratamientos excluidos del POSS en los siguientes términos: “...según la jurisprudencia de esta Corporación, frente a los eventos en los cuales las ARS no están obligadas a realizar intervenciones quirúrgicas o a suministrar medicamentos al no estar incluidos en el plan obligatorio de salud subsidiado POSS, la protección de los derechos fundamentales invocados por los accionantes puede llevarse a cabo de dos maneras: i) mediante la orden a la ARS para que realice la intervención o suministre los medicamentos, evento en el cual se autoriza a la entidad para que repita contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud FOSYGA, [v.gr. T-480 de 2002; MP Jaime Córdoba Triviño] o ii) mediante la orden a la ARS de coordinar con la entidad pública o privada con la que el Estado tenga contrato para que se preste efectivamente el servicio de salud que demanda el peticionario. Esta dualidad obedece a las fuentes de financiación del régimen subsidiado de salud: con fondos del Fondo de Solidaridad y Garantía o con recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto. [v.gr. T-452 de 2001; MP Manuel José Cepeda Espinosa]” (Las sentencias citadas son los fallos que presenta la sentencia T-632 de 2003 como ejemplos de las dos hipótesis reseñadas).

¹¹ Esta solución también tiene lugar cuando el servicio médico no se encuentra excluido del POSS. La sentencia T-984 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño), por ejemplo, reiteró la sentencia T-053 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), sin embargo en el caso concreto se ordenó a Comfama ARS autorizar y practicar el examen de diagnóstico denominado ‘radiografía de tórax PA lateral’ a la accionante, según lo ordenado por su médico tratante, por cuanto se constató que este servicio médico sí estaba contemplado en el Plan Obligatorio de Salud (Subsidiado). El juez de instancia había fallado sobre el supuesto contrario, porque la ARS había suministrado información falsa al respecto.

*información, pues en principio la prestación corresponde al Estado.*¹². Sublínea fuera de texto.

Es claro, entonces, que enfrente de una persona que tiene la condición de sujeto de especial protección (Menor de edad, tercera edad, indigente, recluso, desplazado, mujer embarazada, etc.), cuya negativa no está justificada por la entidad, corresponde a la EPS-S, la prestación del servicio, conforme a los parámetros constitucionales antecitados.

Sobre el tema, existen decisiones por parte de esta Sala especializada, que constituyen precedente horizontal¹³.

8.4.3. El análisis del caso en concreto

A partir de las premisas jurídicas anotadas, advierte esta Sala que debe confirmarse la sentencia de primer grado, pues se ajustó a los parámetros constitucionales si se tiene en cuenta que, al tratarse de un suplemento nutricional como lo es el Ensure –no propiamente un medicamento-, y ser el señor José Jesús Parra Tobón una persona de especial protección por ser de la tercera edad, por padecer una enfermedad catastrófica (cáncer)¹⁴ y por la situación económica al pertenecer al régimen subsidiado, era pertinente la orden a la EPS-S accionada.

En relación con el recobro, es criterio de la Sala Civil-Familia y la Penal para Adolescentes de esta Colegiatura, que el Juez de tutela no debe generar ni definir controversias ajenas a las relacionadas directamente con derechos fundamentales¹⁵; por lo tanto, no es necesario un fallo de tutela que lo autorice para poderlo efectuar o reclamar. En el mismo sentido, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el tema, frente a la derogatoria del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, por parte de la Ley 1438¹⁶.

9. LAS CONCLUSIONES FINALES

¹² Corte Constitucional, sentencia T-752 de 1998. MP: Alfredo Beltrán Sierra, en este caso la Corte resolvió ordenar a la ARS que con el Instituto de Bienestar Familiar de Nariño y las Secretarías de Salud Departamental de Nariño y municipal de Pasto, coordinara todo lo relacionado con la gestión que deben adelantar para atender a la accionante. Ordenes similares, reiterando esta sentencia, se han impartido, por ejemplo, en las sentencias T-1227 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero) y T-855 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett).

¹³ TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA, Sala Civil – Familia. Sentencia del 09-06-2014; MP: Jaime Alberto Saraza Naranjo, expediente No.2014-00218-01.

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA, Sala Civil – Familia. Sentencia del 30-05-2014; MP: Jaime Alberto Saraza Naranjo, expediente No.2014-00126-02.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-036 de 2013. MP: Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁵ TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA, Sala Civil – Familia. Sentencia del 02-04-2013; MP: Jaime Alberto Saraza Naranjo, expediente No.2013-00010.

¹⁶ Sentencia T-727 de 2011.

En armonía con las premisas expuestas en los acápite anteriores se confirmará la decisión confutada, sin que haya lugar al recobro ante el Fosyga.

En mérito de los razonamientos jurídicos hechos, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA, EN SALA DECISIÓN CIVIL - FAMILIA, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA,

1. CONFIRMAR la sentencia fechada del día 21-05-2014, emitida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de esta ciudad.
2. ADVERTIR que no es necesario pronunciamiento expreso en relación con el recobro ante el Fosyga.
3. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
4. REMITIR este expediente, a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE,

DUBERNEY GRISALES HERRERA
MAGISTRADO

CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS
MAGISTRADA

EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS
MAGISTRADO

Dgh / Oal/2014