

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

Magistrada Ponente: Claudia María Arcila Ríos

Pereira, octubre dieciséis (16) de dos mil catorce (2014)

Acta No. 490 del 16 de octubre de 2014

Expediente No. 66682-31-03-001-2014-00217-01

Procede la Sala a resolver sobre la impugnación que formuló Asmet Salud EPS-S frente a la sentencia proferida el 21 de agosto último por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal, en la acción de tutela que contra la recurrente y la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda interpuso la señora Luz Adriana Valencia Echeverry, quien actúa en representación de su menor hijo Juan Felipe Isaza Valencia.

A N T E C E D E N T E S

1.- Relató la promotora de la acción que su hijo se encuentra afiliado a Asmet Salud; fue diagnosticado con prepucio redundante, fimosis – parafimosis, tumor benigno de la uretra y quiste de uretra y con obstrucción de las trompas de Eustaquio e hipertrofia de las amígdalas con hipertrofia de los adenoides; para tratar la primera de esas enfermedades, el médico tratante ordenó cirugía de circuncisión y para la segunda le prescribió los medicamentos loratadina, furoato de mometasona y oximetasolina; la EPS no ha suministrado esos servicios pues, según le informaron, para la intervención quirúrgica debe esperar diez días con el fin de que le entreguen la autorización con anestesiólogo, mientras que los fármacos están fuera del POS-S.

Expresó además que su menor hijo requiere con urgencia esa operación ya que al tratarse de un quiste con tendencia a tumor, enfermedad que le genera un fuerte dolor al orinar, cualquier demora puede acarrear graves consecuencias; refirió además que su familia es de escasos recursos y no cuentan con los medios para acceder a esas prestaciones de forma particular.

2.- Considera lesionados los derechos a la seguridad social, la salud y la dignidad de que es titular un niño y solicita se ordene a Asmet Salud programar en el menor tiempo posible la cirugía de circuncisión de su hijo; entregarle los medicamentos recetados y que junto con la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, le brinden el tratamiento integral para atender sus patologías.

A C T U A C I Ó N P R O C E S A L

1.- Por auto de 8 de agosto último se admitió la tutela y se ordenaron las notificaciones de rigor.

2.- El Gerente Jurídico de Asmet Salud, al ejercer su derecho de defensa, manifestó que Juan Felipe Isaza Valencia se encuentra afiliado a esa EPS-S y ha recibido plena cobertura de los servicios de salud que ha ordenado su médico tratante y que están en el POS-S; en relación con el procedimiento de circuncisión sod. fulgoración de lesiones uretrales vía abierta y los medicamentos loratadina y oximetazolina, al tratarse de servicios incluidos en ese plan obligatorio de salud, serán autorizados una vez se alleguen las órdenes médicas y los soportes respectivos y que como el fármaco suroato de mometasona no hace parte de la resolución 5521 de 2013, su entrega corresponde al ente territorial de conformidad con las leyes 715 de 2001 y 1122 de 2007. Solicitó se le desvincule del proceso porque ha actuado conforme a la normatividad vigente y se ordene a la Secretaría Departamental de Salud prestar los servicios no POS-S que requiere el accionante.

3.- El Secretario de Salud Departamental de Risaralda expresó que tanto los medicamentos loratadina, oximetazolina y furoato de mometasona como el procedimiento de circuncisión hacen parte del plan de beneficios a cargo de Asmet Salud y aunque la medicina beclometasona nasal no está incluida, de acuerdo con la Resolución 5073 de 2013 ello no es óbice para que la aseguradora lo niegue o demore su entrega, máxime cuando se trata de una persona digna de especial protección. Pidió, se ordene a la EPS-S demandada suministrar todos los medicamentos prescritos, hagan o no parte del POS-S, brindar la atención integral que requiera el menor y declarar que la entidad que representa no ha vulnerado los derechos de que el último es titular.

4.- Se decidió el asunto con sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal el 21 de agosto último en la que concedió la tutela solicitada y se ordenó a la EPS-S Asmet Salud entregar el medicamento furoato de mometasona y suministrar el tratamiento integral que requiera el menor para sus patologías de prepucio redundante, fimosis – parafimosis, tumor benigno de la uretra y quiste de uretra y de obstrucción de las trompas de Eustaquio e hipertrofia de las amígdalas con hipertrofia de los adenoides; no se facultó a la EPS para ejercer la acción de recobro ante la entidad territorial por los gastos en que incurra al suministrar atención médica en general y demás servicios de salud que no se encuentren incluidos en el POS y se desvinculó a la Secretaria de Salud del Departamento.

Para decidir así, empezó por señalar que la promotora de la acción manifestó que la EPS demandada autorizó los medicamentos

loratadina y oximetazolina; que se realizó la valoración por médico anesthesiologo y estaba a la espera de la programación del procedimiento quirúrgico, el que ya se aprobó, pero que la referida EPS se negó a autorizar el medicamento furoato de mometasona porque no hace parte del POS; luego concluyó que la referida entidad lesiona los derechos fundamentales, cuya protección se invocaron y de que es titular el menor Juan Felipe Isaza Valencia, persona de especial protección, al no suministrarle el referido fármaco que requiere para tratar su enfermedad. Consideró además que el sistema general de salud está diseñado como una cobertura integral y por eso la EPS debe garantizar a su usuario una atención de esa naturaleza para el manejo de sus enfermedades. Finalmente, estimó que no era menester facultar a la EPS a repetir por los servicios de salud que no estén incluidos en el POS, con fundamento en providencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca en la que se planteó que el juez de tutela no se debe pronunciar sobre ese punto, pues son las empresas promotoras de salud las que deben adelantar los trámites para los fines pertinentes.

5.- El Gerente Jurídico de Asmet Salud EPS-S impugnó la sentencia. Revela su inconformidad con el fallo proferido porque ordenó suministrar un medicamento que no hace parte del POS-S y brindar tratamiento integral al menor en cuyo interés se inició la acción respecto de servicios que tampoco hagan parte de ese plan de beneficios y porque no se autorizó la acción de recobro ante la Secretaría de Salud del Departamento. Adujo que con motivo de las directrices adoptadas por la sentencia T-760 de 2008, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución 5334 de 2008 que establece mecanismos con el fin de agilizar los trámites para la prestación de servicios excluidos del POS-S ante las entidades territoriales en procura de evitar que las últimas continúen negando prestaciones no POS-S que deben asumir. Sostuvo que no está obligada legalmente a suministrar esa clase de servicios y solicitó se conmine a la Secretaria Departamental de Salud para que expida las órdenes de apoyo de los servicios en salud no POS-S de acuerdo con lo dispuesto por el médico tratante para el manejo de las patologías que afectan al demandante y se indique que esa entidad no ha vulnerado sus derechos fundamentales. En forma subsidiaria pidió que se declare que tiene derecho a adelantar el respectivo recobro.

CONSIDERACIONES

1.- El fin de la acción de tutela es la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, concedida a todos los ciudadanos por el artículo 86 de la Constitución Política, ante su vulneración o amenaza generada por cualquier autoridad pública y aun por los particulares en los casos previstos por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

2.- Se considera acertado el fallo de primera instancia que concedió el amparo solicitado para proteger la salud, la seguridad social y la vida digna del menor Juan Felipe Isaza Valencia, todos de naturaleza fundamental por mandato del artículo 44 de la Constitución Nacional.

Es menester entonces determinar si le asiste razón a la recurrente al afirmar que el medicamento furoato de mometasona y los servicios no POS-S que se presten en ejecución del tratamiento integral al menor accionante deben ser asumidos por la Secretaría de Salud Departamental y en su caso, si ha debido facultársele para ejercer la acción de recobro ante la última, en relación con esas prestaciones.

3.- Para empezar, es preciso señalar que las disposiciones que regulan lo relacionado al régimen subsidiado del Sistema de Seguridad Social en Salud otorgan competencias diferentes a las entidades territoriales y a las de seguridad social.

En efecto, las empresas promotoras de salud del régimen subsidiado son responsables de brindar los servicios incluidos en el POS, pero tratándose de prestaciones que no hacen parte de ese plan de beneficios, la Ley 715 de 2001 radicó su competencia en las Secretarías Departamentales de Salud y en el artículo 43 dispuso que a los departamentos corresponde dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en salud en el territorio de su jurisdicción, al tiempo que le impuso, entre otras obligaciones la de: *“Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas”* y *“financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones de más recursos cedidos, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda...”*.

Y el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007 enseña: *“Prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto por subsidios a la demanda. Las Entidades territoriales contratarán con Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas, la atención de la población pobre no asegurada y lo no cubierto por subsidios a la demanda. Cuando la oferta de servicios no exista o sea insuficiente en el municipio o en su área de influencia, la entidad territorial, previa autorización del Ministerio de la Protección Social o por quien delegue, podrá contratar con otras Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud debidamente habilitadas”*.

Así entonces de tratarse de servicios diferentes a los incluidos en el POS-S corresponde al Estado garantizarlos por medio de las entidades con las que celebre contratos para el efecto. En tal forma

se brinda a la población pobre del país la asistencia necesaria mediante la prestación de todos los servicios médicos incluidos o no en los planes obligatorios de salud.

En este caso, según aparece en la historia clínica del menor en cuyo interés se solicitó el amparo¹, médico otorrinolaringólogo le ordenó, entre otros, el fármaco furoato de mometasona, el que no se encuentra incluido en la resolución 5521 de 2013, “por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud”.

En consecuencia, de conformidad con las normas citadas, no es en principio Asmet Salud EPS-S la obligada a responder por esa medicina ni por los servicios no POS que requiera el usuario con motivo del tratamiento integral que se ordenó brindarle; lo es la entidad territorial, con cargo a los recursos del régimen de transferencias y los subsidios que administra.

Empero, en ocasiones se ha ordenado a las Empresas Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado prestar servicios médicos excluidos del POS con fundamento en jurisprudencia de la Corte Constitucional que lo autoriza cuando el sujeto que reclama protección sea uno de especial protección o cuando la prestación del servicio se requiera con carácter urgente.

Así en sentencia T-1089 de 2007, expresó:

“Ahora bien, tratándose de servicios médicos excluidos de los planes de beneficios tanto del régimen contributivo como del subsidiado, las empresas promotoras de salud no se hallan obligadas a asumir de forma definitiva su costo y, por tal motivo, se encuentran facultadas para ejercer acciones de repetición o recobro cuando, por una orden de tutela o del comité técnico científico, tengan que prestarlo con cargo a sus recursos. Así, en el régimen contributivo, una vez la EPS brinda un servicio médico excluido del POS puede repetir por su valor ante el fondo de solidaridad y garantía conforme a lo dispuesto en las normas que regulan la materia.

“Sin embargo, en el régimen subsidiado, esta corporación ha establecido que los medicamentos y procedimientos no contemplados en el POS-S, por regla general, deben ser asumidos por las entidades territoriales con cargo a los recursos del régimen de transferencias y los subsidios a la oferta. Tales recursos son administrados por las secretarías de salud departamentales que celebran convenios con entidades estatales para hacer efectiva la prestación de los servicios que soliciten los afiliados. Por su parte, corresponde a las EPS-S brindar acompañamiento a los usuarios en el sentido de indicarles qué entidad ofrece el medicamento o procedimiento formulado y los trámites necesarios para obtener la respectiva autorización.

¹ Folio 6, c.1.

“No obstante lo anterior, la Corte Constitucional también ha sido enfática al establecer que excepcionalmente las EPS-S estarán llamadas a prestar el servicio excluido del POS-S, con cargo a sus recursos, cuando quien lo solicite sea un sujeto de protección especial o cuando la urgencia del servicio sea tal que, en virtud del principio de continuidad, exigir al afectado que agote los trámites ante la entidad territorial constituye un requerimiento demasiado gravoso. En ambas circunstancias, la empresa promotora de salud del régimen subsidiado estará facultada para repetir contra el Estado por los costos en que incurra...”.

En este caso, se trata de un niño de escasos dos años de edad² y por ende sujeto de especial protección constitucional; padece dos enfermedades, una que afecta su sistema respiratorio y otra que se relaciona con un tumor en la uretra, sin que la familia cuente con recursos económicos para asumir el costo de los procedimientos excluidos del plan de beneficios, hecho que no se ha controvertido en el plenario, todo lo cual permite concluir que son acertadas las decisiones contenidas en el fallo que se revisa, por medio de las cuales se impuso a la impugnante la obligación de suministrar el referido medicamento y los servicios no POS que requiera con motivo del tratamiento integral ordenado, como medio para garantizar la continuidad en el servicio médico que exige su estado de salud y relevar a su familia de adelantar trámites adicionales ante la Secretaría de Salud del Departamento.

4.- En relación con la facultad que reclama la EPS-S demandada para ejercer la acción de recobro frente a la Secretaría de Salud del Departamento de Risaralda con el fin de obtener el reembolso respecto de los servicios no POS-S que deba asumir en cumplimiento de las órdenes impuestas en la sentencia, considera pertinente la Sala aclarar que no es lo mismo negarla, como lo decidió la funcionaria de primera sede, que abstenerse de emitir un pronunciamiento sobre aspecto como ese.

En la sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional impuso una serie de órdenes al Ministerio de la Protección Social y al administrador fiduciario Fosyga, para que adoptaran medidas que garanticen que el procedimiento de recobro por parte de las entidades promotoras de salud sea ágil con miras a asegurar el flujo de recursos necesario para proteger efectivamente el derecho en el sistema y dentro de ellas, que no se podría establecer que en la parte resolutoria del fallo de tutela se autorice el recobro como condición para aprobar 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, pues bastará con que el Fosyga constate que la entidad no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC.

² En su historia médica aparece que nació el 8 de noviembre de 2011.

Y en la sentencia T-727 de 2001³, dijo la misma Corporación:

“Por último, en relación con la orden de recobro al Fosyga sostiene la Sala, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente fallo, que la entidad demandada, Salud Total EPS, tiene la posibilidad de repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del sistema general de seguridad social en salud, si hubiere lugar, por el valor de los gastos en los que incurra por el suministro de servicios médicos excluidos del POS, en los términos de la ley 1438 de 2011, es decir por el 100% de los costos de los servicios excluido del POS.

“De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta lo expresado por esta Corporación en la sentencia T-760 de 2008, no le es dable al Fosyga negar el recobro que las EPS presenten, en los eventos en que estas tengan que asumir procedimientos, tratamientos, medicamentos que no se encuentran dentro del POS, por el simple hecho de no estar reconocido de manera expresa en la parte resolutive del correspondiente fallo de tutela, es decir, basta, para que proceda dicho recobro, con que se constate que la EPS no se encuentra en la obligación legal ni reglamentaria de asumir su costo o valor, de acuerdo con lo que el plan de beneficios de que se trate establezca para el efecto⁴.

“Así las cosas, la Sala se abstendrá de autorizar de manera expresa, a Salud Total EPS, para que recobre ante el Fosyga el valor de los procedimientos, tratamientos, medicamentos que no se encuentran dentro del POS que requiera el paciente y, para el efecto, será suficiente que se establezca que no está obligada ni legal ni reglamentariamente a asumirlos...”.

De esa manera las cosas, no es necesario que el juez de tutela emita un pronunciamiento en relación con la facultad que tienen las entidades promotoras de salud para ejercer la acción de recobro frente a la autoridad legalmente obligada a suministrar aquellos que no hacen parte del plan de beneficios, porque no es ese un requisito que se les pueda exigir para obtener su reconocimiento.

En esas condiciones, el juez de tutela debe abstenerse de emitir concepto alguno sobre el particular, asunto que debe ser definido en otro escenario por los entes que componen el sistema general de salud.

Empero, en este caso el juzgado de conocimiento se pronunció al respecto para negar la facultad de recobro que puede ejercer la EPS-S demandada, en total desconocimiento del derecho que le asiste a todas las entidades promotoras de salud para repetir por los servicios que no son de su competencia y así evitar el

³ Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴ Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

desequilibrio fiscal, determinación que será revocada y en su lugar, se abstendrá la Sala de emitir alguna decisión al respecto.

5.- En conclusión, se confirmará el fallo impugnado, salvo por el aspecto que se acaba de mencionar.

Por lo expuesto, esta Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal, el 21 de agosto de 2014, en la acción de tutela promovida por Luz Adriana Valencia Echeverry, en representación de su menor hijo Juan Felipe Isaza Valencia, contra la EPS-S Asmet Salud y la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, con excepción del ordinal cuarto que se **REVOCA** y en su lugar, se abstiene la Sala de pronunciarse en relación con la facultad de recobro que pueda ejercer la citada EPS.

SEGUNDO.- Notifíquese esta decisión a las partes conforme lo previene el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO.- Envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión conforme lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,

CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS

EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO