

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

Magistrada ponente: Claudia María Arcila Ríos

Pereira, diez (10) de octubre de de dos mil catorce (2014)

Acta No. 482 de 10 de octubre de 2014

Expediente No. 66001-31-03-005-2014-00241-01

Procede la Sala a resolver sobre la impugnación que formuló Asmet Salud EPS-S frente a la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira el pasado 1º de septiembre, en la acción de tutela que contra la recurrente y la Secretaría de Salud del Departamento de Risaralda, instauró el señor Arnoldo González Cadavid.

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

Relató el accionante que se encuentra afiliado a Asmet Salud y es una persona de la tercera edad; fue diagnosticado con glaucoma primario de ángulo abierto, enfermedad por la cual perdió su ojo derecho y tiene comprometida la totalidad de su visión; el 1 de abril pasado, para salvar su ojo izquierdo, su médico especialista le recetó dorzolamida más timolol más brimonidina y latanoprost; solicitó a Asmet Salud la entrega de esos fármacos pero no obtuvo respuesta positiva; el 8 de agosto siguiente presentó derecho de petición pues desde el mes de abril no recibe el tratamiento necesario para conservar su salud visual, pero lo único que le manifestaron es que "no se pueda hacer CTC, y que no se puede recobrar para la fecha".

Considera lesionados sus derechos a la vida digna, la salud y la vida digna toda vez que requiere de esa medicina para no perder su visión y además carece de los medios económicos para acceder a ella. Solicita, en consecuencia, se ordene a las demandadas autorizar y suministrar los fármacos prescritos por su médico tratante, así como el tratamiento integral de su enfermedad.

A C T U A C I Ó N P R O C E S A L

1.- Por auto de 19 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 el accionante se encuentra afiliado a esa EPS-S y ha recibido plena cobertura de los servicios de salud que han sido ordenados por su médico tratante y que están en el POSS; en relación con los medicamentos que ahora solicita, se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado y por eso su entrega corresponde al ente territorial de conformidad con la Ley 1122 de 2007 y la Resolución 5334 de 2008. Por consiguiente pidió 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.- La Secretaria de Salud Departamental de Risaralda expresó que el medicamento latanoprost hace parte del plan de beneficios a cargo de Asmet Salud; el dorzolamida más timolol no está allí incluido, no obstante es de conocimiento de la EPS que existen procedimientos administrativos para suministrarlo y luego recobrar por su valor, de acuerdo con la Resolución 5073 de 2013. Por tanto solicitó se ordene a la referida EPS-S Asmet Salud suministrar los referidos medicamentos y se abstenga en lo sucesivo de incurrir en demoras injustificadas en la atención de su usuario; desvincular a la entidad que representa.

Se decidió el asunto con sentencia proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito el 1º de septiembre de 2014 en la que concedió la tutela solicitada y se ordenó a la EPS-S Asmet Salud entregar al accionante los medicamentos recetados y suministrar el tratamiento integral que requiera para la patología de glaucoma primero de ángulo abierto. Se desvinculó a la Secretaria de Salud del Departamento.

Para decidir así, después de referirse al derecho a la salud como de naturaleza fundamental y de citar algunas sentencias de la Corte Constitucional relacionadas con su garantía, advirtió que de los medicamentos solicitados solamente el latanopros está incluido en el POS y por ende este debe ser suministrado por la EPS-S. En cuanto al dorzalamida más timolol más brimonidina si bien no hace parte de ese plan de beneficios, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que los tratamientos médicos no se pueden suspender aduciendo razones meramente administrativas, menos cuando quien los reclama es un sujeto de especial protección, como el actor quien cuenta con setenta y cuatro años de edad, pertenece al régimen subsidiado de salud y padece de una grave patología. Así, concluyó que la EPS demandada es la responsable de garantizar la continuidad en la atención médica que requiere el petitionario y puede recobrar por los costos que por ley no está obligada a asumir. Siguiendo precedentes de este Tribunal, no se pronunció respecto de la facultad de recobro por los servicios NO POS prestados en ejecución de esa atención integral.

El Gerente Jurídico de Asmet Salud EPS-S impugnó la sentencia. Revela su inconformidad con las decisiones adoptadas, en breve síntesis, porque no se autorizó la acción de recobro ante la Secretaría de Salud del Departamento en relación con los procedimientos no POS-S que en el futuro deban suministrar al actor con fundamento en el tratamiento integral que se ordenó. Adujo que con ocasión a las directrices adoptadas por la sentencia T-760 de 2008, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución 5334 de 2008 por medio de la cual establece los mecanismos para agilizar los trámites para la prestación de servicios excluidos de ese plan de beneficios ante los entes territoriales y explica que así se adoptaron medidas para evitar que dichas entidades, entre las cuales se halla la Secretaría Departamental de Salud de Risaralda, continúen negando prestaciones no POS-S, las cuales deben asumir. Sostuvo que no está obligada legalmente a suministrar esa clase de servicios respecto del tratamiento integral que se ordenó y solicitó se conmine a la Secretaria Departamental de Salud expedir 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 la patología que afecta al actor 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

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.

Se considera acertado el fallo de primera instancia que concedió el amparo solicitado para proteger la salud del accionante, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional que desde hace algún tiempo modificó su criterio anterior y le ha otorgado el carácter de fundamental a tal derecho, de manera autónoma, sin que necesariamente deba estar en conexidad con otro que participe de tal naturaleza¹.

Las razones en que se fundamenta el recurso están debidamente identificadas y a ellas se ha de concretar la decisión que por medio de esta providencia se adoptará, teniendo en cuenta que la orden impartida a la EPS Asmet Salud, en el fallo que se revisa, relacionada con la entrega de los medicamentos solicitados y el suministro del tratamiento integral, no fueron objeto de reparo alguno y la Sala tampoco tiene otras observaciones qué hacer.

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2007, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Es menester entonces determinar si el fallo objeto de revisión debe ser revocado porque: a) al ordenarle a la EPS suministrar tratamiento integral a su afiliado, debió facultarla para ejercer la acción de recobró a la entidad departamental, en relación con los procedimientos no POS; b) la orden en tal sentido, respecto a los mismos, ha debido ser impartida a la Secretaría de Salud del Departamento de Risaralda y c) no ha lesionado derechos fundamentales al actor.

Para empezar por el último de tales argumentos es menester precisar que la EPS-S Asmet Salud sí lesionó el derecho fundamental a la salud del actor, al no entregarle el medicamento latanoprost que, como atinadamente lo definió el juzgado de primera instancia, está incluido en el anexo 1, bajo el código 372 de la Resolución 5521 de 2013, que tiene como objeto la definición, aclaración y actualización integral del Plan Obligatorio de Salud (POS), de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, que deberá ser garantizado por las Entidades Promotoras de Salud a sus afiliados en el territorio nacional, en las condiciones de calidad establecidas por la normatividad vigente.

Si se parte del supuesto de que cualquier servicio que esté incluido en el POS debe ser garantizado de forma efectiva por las Empresas Promotoras de Salud, Asmet Salud no podía negar ninguna de las prestaciones que de él hicieran parte. De modo que si el actor, afiliado al régimen subsidiado que ofrece esa entidad, hubo de elevar solicitud ante ella y luego acudir a esta acción constitucional con el fin de que se le otorgara un servicio incluido en ese plan de beneficios, no hay cómo deducir que no lesionó el derecho fundamental que protegió el funcionario de primera sede.

Dicha vulneración no solo se produjo por la situación anotada. También surge de la negativa de Asmet Salud en hacerle entrega de los demás medicamentos que le fueron recetados por su médico tratante², así no hagan parte del POS-S, ya que como más adelante se verá esos servicios también debe prestarlos.

Para resolver lo relativo con el argumento de la recurrente acerca de que los servicios no POS que se presten en ejecución del tratamiento integral deben ser asumidos por la Secretaría de Salud del Departamento de Risaralda, es preciso señalar en primer lugar 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, como ya se expresara, las empresas promotoras de salud del régimen subsidiado son responsables de brindar los servicios incluidos en el POS, pero tratándose de prestaciones que

² Folio 6, c.1.

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 consecuencia, de conformidad con las normas citadas, no es en principio Asmet Salud EPS-S la obligada a responder por los servicios no POS que requiera el demandante 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.

“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, en razón a la grave enfermedad que padece el demandante, con setenta y cuatro años de edad, sin recursos económicos y quien perdió ya la visión por uno de sus ojos, resultó acertada la decisión del funcionario de primera sede que impuso a la impugnante la obligación de brindarle los servicios no POS que requiera en el tratamiento integral ordenado, como medio para garantizar la continuidad en el servicio médico que exige su delicado estado de salud y relevarlo de adelantar trámites adicionales ante la Secretaría de Salud del Departamento.

En relación con la facultad que reclama la EPS-S demandada para ejercer la acción de recobro contra la Secretaría de Salud del Departamento de Risaralda para obtener el reembolso de los gastos que deba asumir en cumplimiento de la orden impuesta de suministrar al paciente un tratamiento integral, respecto de los procedimientos que no hagan parte del POS, considera la Sala que no es del caso emitir pronunciamiento en tal sentido, tal como lo consideró la funcionaria de primera instancia.

En efecto, la sentencia T-760 de 2008 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 resolutive 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.

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 prestadoras de servicios de salud para ejercer la acción de recobro frente a la autoridad legalmente obligada a suministrar

³ Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴ Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

aquellos que no hacen parte del plan de beneficios, porque no es ese un requisito que se les pueda exigir para obtener su reconocimiento y en esas condiciones, se avalará la decisión que en tal sentido se adoptó en el fallo que se revisa.

En resumen, se confirmará íntegramente la sentencia impugnada.

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 Quinto Civil del Circuito de Pereira, el pasado 1º de septiembre, en la acción de tutela instaurada por el señor Arnoldo González Cadavid contra Asmet Salud EPS-S y la Secretaría de Salud del Departamento de Risaralda.

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