

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

Magistrada Ponente: Claudia María Arcila Ríos

Pereira, noviembre trece (13) de dos mil catorce (2014)

Acta No. 543 del 13 de noviembre de 2014

Expediente No. 66001-31-10-001-2014-00639-01

Procede la Sala a resolver sobre la impugnación que formuló Asmet Salud EPS-S frente a la sentencia proferida el 3 de octubre último por el Juzgado Primero de Familia de Pereira, en esta acción de tutela interpuesta por el señor Abelardo Corrales Escobar contra la recurrente y la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, a la que fue vinculada la Secretaría Municipal de Salud y Seguridad Social de Pereira.

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

1.- Relató el accionante que sufre de cálculos renales desde hace aproximadamente un año, "enfermedad que me llevo (sic) a que me retiren el riñón izquierdo pues este solo está funcionando el 26%"; su médico tratante le ordenó la cirugía litotripsia extracorpórea, la cual no ha sido autorizada por Asmet Salud a pesar de que se la solicitó hace veinte días; adujo que tiene afectada su salud ya que la deficiencia de ese órgano le genera fuertes dolores; además, que no cuenta con los recursos económicos para sufragar la cirugía de forma particular ya que es vendedor ambulante y el producto de su trabajo solo le alcanza para su sostenimiento mínimo.

2.- Considera lesionados sus derechos a la salud y la vida digna y solicita se ordene a las entidades accionadas autorizar la referida intervención quirúrgica, suministrarle el tratamiento integral para la enfermedad que padece, lo que abarca, entre otros, medicamentos, tratamientos, cirugías, insumos, viáticos, transportes y alojamiento para él y un acompañante en caso de que la atención deba ser prestada en otra ciudad.

A C T U A C I Ó N P R O C E S A L

1.- Por auto de 24 de septiembre último se admitió la tutela, se ordenó vincular a la Secretaría de Salud Municipal de Pereira y se ordenaron las notificaciones de rigor.

2.- El Gerente Jurídico de Asmet Salud, al ejercer su derecho de defensa, manifestó que el actor se encuentra afiliado a esa EPS-S y ha recibido plena cobertura en los servicios de salud que ha ordenado su médico tratante y que están en el POS-S; el procedimiento litotripcia extracorpórea no hace parte de la resolución 5521 de 2013; es decir, se trata de un servicio no POSS y como tal su entrega corresponde al ente territorial de conformidad con las leyes 715 de 2001 y 1122 de 2007; respecto a la solicitud de viáticos señaló que el artículo 125 de la citada resolución solo contempla el reconocimiento de transporte cuando se trate de pacientes que se encuentren hospitalizados y que en virtud de su estado de salud requieran ser trasladados de una IPS a otra, únicamente en ambulancia. 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.- La Secretaria de Salud Departamental de Risaralda expresó que el procedimiento de litotripsia extracorpórea se encuentra incluido en el anexo 2 de la resolución 5521 de 2013 y por lo mismo hace parte del plan de beneficios a cargo de Asmet Salud; también que el accionante es un sujeto de especial protección y no se le puede demorar o fraccionar la atención médica. Pidió declarar que la entidad que representa no ha lesionado los derechos del actor y se ordene a la EPS-S demandada garantizar la atención integral a su afiliado, sin someterlo a trámites administrativos o judiciales innecesarios.

4.- El Secretario de Salud y Seguridad Social de Pereira solicitó la desvinculación de la entidad ya que dentro de sus funciones no se halla la de autorizar servicios formulados por médicos tratantes.

5.- Agotado el trámite correspondiente se decidió la instancia mediante fallo en el que se tutelaron los derechos fundamentales del accionante y se ordenó a Asmet Salud, en el término de 48 horas, autorizar y practicar el procedimiento de litotripsia extracorpórea; suministrar la atención integral a su patología de hidronefrosis con obstrucción por cálculos del riñón y del uréter; exonerarlo de los pagos que se generen con ocasión a esos servicios; negó la autorización de recobro ante el Fosyga y desvinculó a las demás entidades.

Para decidir así, consideró que el accionante tiene derecho a que la EPS-S le practique la operación ordenada por su médico tratante de forma oportuna y le brinde un tratamiento integral; también a que lo exonere de cualquier pago teniendo en cuenta que no posee recursos económicos pues es vendedor ambulante y se encuentra incluido en el Sisben; negó el recobro pues de conformidad con la jurisprudencia constitucional, no es requisito que el juez de tutela

ordene su concesión para que pueda operar; finalmente decidió devincular a las Secretarías de Salud Departamental de Risaralda y de Salud y Seguridad Social de Pereira, al no advertir por su parte lesión o amenaza alguna a los derechos del accionante.

6.- El Gerente Jurídico de Asmet Salud EPS-S impugnó la sentencia. Revela su inconformidad con el fallo proferido porque ordenó suministrar el procedimiento de litotripsia extracorpórea y el tratamiento integral a favor del accionante sin conceder la facultad de recobro, siendo este un derecho que le asiste frente al Fosyga o el ente territorial. 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 Secretaría 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 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 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.

3.- Es menester determinar si le asiste razón a la recurrente al afirmar que no ha vulnerado los derechos del actor pues el procedimiento de litotricia extracorpórea y los servicios no POS-S que se le presten en ejecución del tratamiento integral deben ser asumidos por la Secretaría de Salud Departamental, o si, en

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

subsidio, ha debido facultársele para ejercer la acción de recobro ante la última, en relación con esas prestaciones.

4.- Para empezar por el primero de tales argumentos es necesario precisar que la EPS-S Asmet Salud lesionó el derecho fundamental a la salud del actor al no autorizar la cirugía de litotripsia extracorpórea, habida cuenta de que este servicio sí está incluido en el anexo 2, bajo el código 2372 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, la EPS 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 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 la funcionaria de primera sede.

5.- 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 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 sesenta y siete años de edad² y sin recursos económicos, 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.

6.- 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

² Ver historia clínica a folio 5.

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 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.

³ Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴ Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Empero, en este caso el juzgado de conocimiento se pronunció 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 desequilibrio fiscal, determinación que será revocada y en su lugar, se abstendrá la Sala de emitir alguna decisión al respecto.

7.- 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 Primero de Familia de Pereira, el pasado 3 de octubre, en la acción de tutela instaurada por el señor Abelardo Corrales Escobar contra Asmet Salud EPS-S y la Secretaría de Salud del Departamento de Risaralda, a la que fue vinculada la Secretaría de Salud y Seguridad Social de Pereira, con excepción del ordinal quinto 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
(Ausente con causa justificada)

JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO