



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

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia
Accionante : John Stiven Hernández Arroyave
Presuntos infractores : EPS-S Cafesalud y Secretaría de Salud Departamental
Radicación : 2014-00196-01 (Interna 9318 LLRR)
Procedencia : Juzgado Promiscuo del Circuito de La Virginia
Temas : Derecho a la salud – Tratamiento integral
Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA
Acta número : 598

PEREIRA, RISARALDA, DIECISÉIS (16) DE DICIEMBRE DE DOS MIL CATORCE (2014).

1. EL ASUNTO POR 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

Manifiesta el actor que se encuentra vinculado a la EPS-S accionada, en la que le fue diagnosticada “hipotonía ocular” para la que le fue ordenada la “adaptación de cascarilla externa od por optometría protesista”, procedimiento que no le ha sido autorizado por la Secretaría de Salud Departamental a pesar de haberla solicitado desde el año anterior (Folio 1, del cuaderno No.1).

3. LOS DERECHOS INVOCADOS

Se invocan como vulnerados el derecho de petición, a la salud, a la vida, a la igualdad, a la dignidad humana y a la seguridad social (Folios 1 a 5, del cuaderno No.1).

4. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Ordenar a las accionadas: (i) Atención integral; y (ii) Autorizar el procedimiento de “adaptación de cascarilla externa od por optometría protesista” (Folio 5, del cuaderno No.1).

5. LA SÍNTESIS DE LA CRÓNICA PROCESAL

La acción correspondió al Juzgado Promiscuo del Circuito de La Virginia, que con providencia del 15-10-2014 la admitió y dispuso entre otros ordenamientos, notificar a las partes (Folio 15, ibídem). Fueron notificadas las accionadas y respondió la Secretaría de Salud Departamental (Folios 19 a 23 ibídem), al igual que la EPS-S (Folios 24 y 25, ibídem). Para el día 27-10-2014 se profirió sentencia (Folios 26 a 33, ib.) y como fuera impugnada por la EPS-S, fue enviada a este Tribunal (Folio 46, ib.).

6. LA SINOPSIS DE LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Con fundamento en la jurisprudencia, concedió el amparo constitucional y le ordenó a la EPS-S accionada prestar el procedimiento requerido y brindar tratamiento integral para la “hipotonía ocular”, pues entendió que era un servicio No POS-S. Desvinculó a la Secretaría de Salud Departamental y autorizó el recobro del 100% de los gastos No POS-S ante el Fosyga (Folios 26 al 33, ib.).

7. EL RESUMEN DE LA IMPUGNACIÓN

Se queja la EPS-S Cafesalud porque se autorizó tratamiento integral lo que conlleva prestaciones futuras e inciertas, respecto a supuestas negativas u omisiones que no han ocurrido. Solicita se revoque el fallo y se declare falta de legitimación en el extremo pasivo, porque la obligación de brindar los servicios no POS-S corresponde a la Secretaría de Salud Departamental (Folio 47, 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, el señor John Stiven Hernández Arroyave, es titular de los derechos fundamentales invocados y afiliado al régimen subsidiado en salud, a través de Cafesalud EPSS.

Y por pasiva la Secretaría de Salud Departamental del Risaralda y Cafesalud EPSS, pues a ellas se endilga la presunta conducta violatoria de los derechos fundamentales, cuya protección se reclama y ser la entidad afiliadora.

8.3. El problema jurídico a resolver

¿Es procedente confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Promiscuo del Circuito de La Virginia, 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 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 constitucional¹; nótese que la última solicitud de servicios médicos data del 17-09-2014 (Folio 8, del cuaderno No.1) y la tutela se presentó el 14-10-2014 (Folio 6 vuelto, ídem).

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 ordinarios². Esta regla tiene dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio judicial ordinario³: (i) la tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y (ii) La ineficacia de la acción ordinaria para salvaguardar los derechos fundamentales del accionante.

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-079 de 2010.

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-162 de 2010, T-034 de 2010 y T-099 de 2008.

³ T-623 de 2011, T-498 de 2011, T-162 de 2010, T-034 de 2010, T-180 de 2009, T-989 de 2008, T-972 de 2005, T-822 de 2002, T-626 de 2000 y T-315 de 2000.

En el *sub lite* el accionante carece de otro mecanismo diferente a esta acción, para procurar la defensa de los derechos invocados, a causa de la delicada enfermedad y por ser de bajos recursos económicos (Pertenece al régimen subsidiado). Así entonces, queda superado el test de procedencia, puede examinarse de fondo.

8.4.2. Los servicios excluidos del POS-S y a quien debe impartirse la orden

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 cual pertenece; empero, solamente se analizaran las variantes en el régimen subsidiado al cual pertenece el actor. Al respecto ha dicho la Corte Constitucional⁴:

(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 (ARS⁵), 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-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.*⁶ *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;*⁷ la segunda de las

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-249 del 12-04-2007.

⁵ Hoy EPS-S, conforme al artículo 14-2, Ley 1122.

⁶ 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).

⁷ 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

opciones, la regla general, supone un deber de acompañamiento e información, pues en principio la prestación corresponde al Estado.⁸. Sublínea fuera de texto.

Es claro, entonces, que en frente de una persona de especial protección (Menores de edad, tercera edad, indigentes, reclusos, desplazados, mujeres embarazadas, etc.) o cuya afectación en salud exija medidas urgentes⁹; la negativa es injustificada y por lo tanto corresponde a la EPSS la prestación del servicio, conforme a los parámetros constitucionales precitados. Pero frente a una persona que no pertenezca a ese grupo o que tampoco demuestre una urgencia imperiosa, la tesis que debe aplicarse es la de la regla general, es decir, que el deber de la EPSS, se limita al acompañamiento e información y la prestación corresponde a la entidad estatal.

9. EL ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

La entidad inconforme, refiere que se hace necesario establecer si es ella la responsable de la atención del paciente, o si por el contrario, es la Secretaría de Salud Departamental, en vista de que el procedimiento ordenado no se encuentra en el POS subsidiado.

Acorde a lo dicho en la doctrina jurisprudencial citada, le asiste la razón a la inconforme, puesto que el actor no reúne las condiciones para ser una persona de especial protección constitucional y no acreditó que para recuperar su salud requiera con urgencia de la “cascarilla ocular”, en ese entendido, era improcedente tutelar y ordenar a la EPSS, practicar la adaptación de aquella, suministrar el tratamiento integral aun cuando se le facultara para el recobro ante el Fosyga; en la forma como fue dispuesto en el fallo de primera instancia.

Ello por cuanto como se dejó señalado líneas atrás, el deber de la EPSS se limita al acompañamiento hasta que se le suministre el insumo requerido y la prestación a la Secretaría de Salud, a través de la red de servicios que tenga contratado para tal fin.

10. LAS CONCLUSIONES FINALES

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.

⁸ 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).

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-115 de 07-03-2013, MP: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

En armonía con las premisas expuestas en los acápites anteriores se revocará parcialmente la decisión confutada, para disponer que sea la Secretaría de Salud de Risaralda, quien disponga la práctica del procedimiento que requiere el actor e imponer a Cafesalud EPSS, únicamente el deber de acompañamiento e información a fin de lograr la atención requerida.

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 los numerales 1º, 6º y 7º de la sentencia del día 27-10-2014 del Juzgado Promiscuo del Circuito de La Virginia.
2. REVOCAR los numerales 2º, 3º, 4º y 5º de la citada decisión.
3. ORDENAR a la Secretaría de Salud Departamental, a través de la Secretaria, doctora Lina Beatriz Rendón Torres o quien haga sus veces, que realice las gestiones tendientes a practicar en un término de cuarenta y ocho (48) horas el procedimiento de “adaptación de cascarilla externa od por optometría protesista” al señor John Stiven Hernández Arroyave, por medio de las entidades contratadas para tal fin.
4. ORDENAR a Cafesalud EPSS, a través de su administradora de la Agencia, doctora Victoria Eugenia Aristizabal Marulanda, que acompañe e informe al actor para conseguir le sea practicado el procedimiento, a través de la entidad estatal en mención.
5. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
6. REMITIR este expediente, a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE,

DGH / DGD / 2014

DUBERNEY GRISALES HERRERA
MAGISTRADO

CLAUDIA MA. ARCILA RÍOS
MAGISTRADA

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C.
MAGISTRADO