**Providencia:** Tutela del 26 de octubre de 2015

**Radicación No.:** 66001-31-05-002-2015-00517-01

**Proceso:** Acción de tutela

**Accionante:** John Henry Calle Tusarma

**Accionado:** Cafesalud EPS-S y otro

**Juzgado de origen:** Segundo Laboral del Circuito de Pereira

**Tema:**

**Derecho a la salud:** “(…) la salud es la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional tanto física como en el plano de la operatividad mental y, de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento, ello porque el ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que, cuando la presencia de ciertas anomalías -aún cuando no tengan el carácter de enfermedad- afectan esos niveles, se pone en peligro la dignidad personal.”[[1]](#footnote-1)

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_**

(**Octubre 26 de 2015**)

Procede la Judicatura a resolver la impugnación propuesta contra la sentencia proferida el día 30 de septiembre de 2015 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela impetrada por el señor **John Henry Calle Tusarma** mediante agente oficioso en contra **Cafesalud EPS-S** yla **Secretaría de Salud Departamental,** a través de la cual pretende que se ampare los derechos fundamentales a la **salud** y **vida.**

#### La demanda

El agente oficioso manifestó que el señor John Henry Calle Tusarma se encuentra diagnosticado con melanoma maligno del cuero cabelludo y del cuello, por lo que el médico especialista el 14 de agosto de 2015, le ordenó el medicamento Vemurafenib tabx240mg con la observación “Dada la agresividad y la velocidad de progresión de la enfermedad, recomendamos el inicio de terapia lo más pronto posible… por favor autorizar urgente. Gracias.” SIC.

Agregó que pese a que el medicamento enunciado fue autorizado el 27 de agosto de 2015 por la EPS-S Cafesalud, a la fecha de presentación de la tutela no le había sido suministrado, retardando el tratamiento del paciente e ignorando la observación del galeno.

Informó que con posterioridad el médico tratante le ordenó el medicamento Pregabalina x75mg en capsulas, mismo que tampoco ha sido suministrado.

En consecuencia, solicitó al Juez Constitucional ordenar a la EPS-S Cafesalud y a la Secretaria de Salud Departamental autorizar y suministrar de manera inmediata los medicamentos Vemurafenib tabx 240mg y Pregabalina X75mg en capsulas, así como el tratamiento integral para tratar la patología melanoma maligno del cuero cabelludo.

#### Contestación de la demanda

La Secretaría de Salud Departamental dio contestación en la que precisó que por la historia clínica se tiene que el accionante presenta el diagnostico de tumor maligno del cuero cabelludo y del cuello, siendo el tratamiento ordenado Vemurafenib tabx240mg y Pregabalina x75mg, los cuales no fueron suministrados por la EPS-S Cafesalud, a pesar de que los medicamentos en mención forman parte del plan de beneficios a cargo de la aseguradora, vulnerando así los derechos del actor.

En consecuencia, solicita se conmine a la EPS-S Cafesalud para que se abstenga en delante de incurrir en demoras innecesarias e injustificadas en la atención integral de su afiliado Jhon Henry Calle Tusarma y; se declare que no corresponde a la Secretaria de Salud de Risaralda asumir la prestación de los servicios deprecados, pues los mismos hacen parte del plan de beneficios que debe ser garantizado por la EPS-S.

Por su parte, la EPS-S Cafesalud guardó silencio.

#### Providencia impugnada

La Jueza de primer grado concedió la tutela de los derechos a la salud y la vida del señor John Henry Calle Tusarma argumentando que de la historia clínica y las formulas prescritas por el médico tratante del paciente, se colige que el actor se encuentra en estado crítico, por lo que el derecho a la salud está en conexión con el derecho a la vida, padeciendo una enfermedad catastrófica que lo califica como una persona de protección especial por disposición constitucional.

Expresó que de acuerdo a la Resolución No. 5521 de 2013, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, la accionada Cafesalud EPS-S, tiene la obligación y responsabilidad de suministrar los medicamentos requeridos por el paciente, garantizando la continuidad en la entrega de los peticionados y los futuros de acuerdo a su patología, pues los mismos se encuentran dentro del plan de beneficios, y aunque no lo estuvieran, debe entregarlos por encontrarse amenazada la vida de su afiliado.

En consecuencia, ordenó a la EPS-S en cabeza de la representante legal, que de manera inmediata procure la entrega de los medicamentos Vemurafenib tabx240mg y Pregabalina x75mg en capsulas que requiere el paciente John Henry Calle Tusarma; conjuntamente brindar de manera inmediata todos los procedimientos, medicamentos, exámenes, consultas especializadas, hospitalización, cirugías, insumos y demás servicios de salud requeridos para recibir una atención integral para el tratamiento de la enfermedad que padece, hasta que se le prescriba la recuperación total de su salud, independientemente de que las prescripciones médicas estén o no incluidos en el POS-S; advirtió a la EPS-S Cafesalud que se le autoriza el recobro frente al Fondo de Solidaridad y Garantía Fosyga por el 100% del costo asumido por la atención del señor Jhon Henry Calle Tusama, en relación a los procedimientos y/o medicamentos que no se encuentran cubiertos en el POS-S, en virtud del servicio integral.

#### Impugnación

Cafesalud EPS-S interpuso recurso de apelación alegando que cuando por vía de tutela se autorice un tratamiento integral, se incurre en una indeterminación que impide la verificación de los requisitos y de paso priva a la entidad de la posibilidad de ejercer su derecho de contradicción, además de dejar latente la posibilidad de que en el futuro se terminen destinando recursos del sistema que no llevan implícita la preservación del derecho a la vida, que es el objetivo del amparo, por lo que no se puede obligar a la entidad a asumir los costos de servicios que ni siquiera han sido solicitados, no pudiendo el juez de tutela dar órdenes con base en supuestas negativas u omisiones, pues solo le es dado hacerlo si existen en la realidad las acciones u omisiones de la entidad accionada que constituyan violación a los derechos fundamentales.

En consecuencia, pidió que se revoque el fallo de tutela referido, debido a la falta de legitimación por pasiva, pues la obligación de brindar los servicios excluidos del POS-S corresponde a la Secretaria de Salud Departamental.

#### Consideraciones

* 1. **Problema jurídico por resolver**

¿Ha vulnerado la EPS-S Cafesalud los derechos fundamentales a la salud y vida del señor John Henry Calle Tusarma? ¿Es procedente ordenar el tratamiento integral al señor John Henry Calle Tusarma por parte de Cafesalud EPS-S?

* 1. **Del derecho a la salud**

En la Constitución Política se expresa que la salud es un servicio público de carácter esencial y obligatorio que implica la obligación del Estado de garantizar el acceso a los servicios de salud a todas las personas. Por eso mediante la Sentencia T-115 de 2013, el Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, manifestó lo siguiente:

*“(…) la salud es la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional tanto física como en el plano de la operatividad mental y, de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento, ello porque el ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que, cuando la presencia de ciertas anomalías -aún cuando no tengan el carácter de enfermedad- afectan esos niveles, se pone en peligro la dignidad personal.*

*(…)*

*Con la garantía del derecho a la salud el individuo tiene la facultad de desarrollar las diferentes funciones y actividades innatas al ser humano, lo que permite a su vez elevar el nivel de oportunidades para la elección y ejecución de un proyecto de vida, ejecutando de esta forma derechos relacionados con la libertad, principio básico de la estructura estatal. De este modo, la facultad de exigir el amparo del derecho a la salud se deriva de las circunstancias particulares en que se encuentra el presunto afectado, pues son las que permitirán definir su vulneración por la transgresión directa a la dignidad humana.”*

Asimismo se ha apreciado el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo e imperioso frente a determinados grupos que la jurisprudencia ha determinado de especial cuidado y protección, como son las personas que padecen enfermedades catastróficas o ruinosas. Por tanto en la Sentencia T-920 de 2013, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la Corte Constitucional consideró:

*“La jurisprudencia constitucional de manera reiterada y consolidada ha afirmado que existen personas a quienes la Carta Política confiere una protección especial por parte del Estado, ya sea por razón de su edad, por encontrarse en especiales circunstancias de indefensión, para las cuales, el amparo del derecho fundamental a la salud deviene reforzado. En efecto, el hecho de que el tutelante ostente la condición de sujeto de especial protección por parte del Estado, impone al juez constitucional tener en cuenta que entre mayor vulnerabilidad del accionante, mayor debe ser la intensidad de la protección para realizar de esa manera el principio de igualdad real, contemplado en el artículo 13 superior. En ese sentido, es necesario hacer alusión a las enfermedades catastróficas o ruinosas, las cuales cobran una especial relevancia en la medida que al encontrarse estos sujetos en estado de debilidad manifiesta, merecen una singular atención por parte del Estado y de la sociedad. Tal es el caso de las personas portadoras del VIH/SIDA, y de las que padecen cáncer, quienes se encuentran en una condición de debilidad manifiesta consustancial a su patología y afrontan una serie de necesidades particulares que requieren de una protección reforzada.”*

**5.3 Del principio de integralidad**

Conforme a los postulados de la Corte Constitucional, la integralidad propende porque los usuarios puedan acceder sin mayores barreras a los servicios de salud, garantizándoles una vida en condiciones dignas y evitándoles presentar diversas acciones de tutela para tratar una misma patología. En ese sentido se pronunció en sentencia T-790 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, aduciendo que:

*“La atención y el tratamiento a que tienen derecho el afiliado cotizante y su beneficiario son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de droga, intervención quirúrgica, práctica de rehabilitación, examen para el diagnóstico y el seguimiento, y todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente que se le ha encomendado, dentro de los límites establecidos en la ley.*

*Lo anterior, con el fin de que las personas afectadas por la falta del servicio en salud, obtengan continuidad en la prestación del servicio asimismo, evitarles el trámite a los accionantes de tener que interponer nuevas acciones de tutela por cada servicio que les fue prescrito con ocasión a una misma patología y estos les son negados.”*

**5.4 Caso concreto**

 En el presente caso corresponde determinar a la Sala si Cafesalud EPS-S está obligada a brindar la cobertura integral incluyendo el suministro de medicamentos, insumos, tratamientos y lo que requiera posteriormente el señor John Henry Calle. En consecuencia, está fuera de toda discusión el diagnóstico del actor de melanoma maligno del cuero cabelludo y del cuello, por cuanto no fue controvertido por la EPS-S Cafesalud, fue aceptado de forma expresa por la Secretaria de Salud Departamental y se encuentra acreditado en la historia clínica obrante a folios 2 a 25.

Con respecto al tratamiento integral está claro que el actor tiene derecho en calidad de afiliado a la EPS-S Cafesalud y de acuerdo a la patología que presenta, a recibir todos los servicios médicos y asistenciales que sean ordenados por el médico tratante, incluidos aquéllos que no se encuentren en el Plan Obligatorio de Salud, quedando obligada la accionada a prestar toda la asistencia necesaria para la recuperación de la salud y garantizar la vida del paciente en condiciones dignas, en los eventos que se deriven de la actual condición médica aquí mencionada, con el fin de que se garantice el restablecimiento del estado de salud del paciente, pues sería inconcebible que cada vez que el señor Jhon Henry Calle Tusarma requiera de un servicio de salud, deba acudir mediante el mecanismo constitucional para tener acceso a él, máxime al ser la patología que presenta catalogada como catastrófica o ruinosa, lo que lo hace acreedor de un mayor cuidado y protección por parte del Estado, materializado en todas sus instituciones prestadoras de servicios.

Por otra parte, como la patología del actor está cubierta por el POS-S, en cuanto al tratamiento y medicamentos inicialmente prescritos, es obligación de la EPS-S asumir todo el tratamiento que requiera, incluidos aquellos eventos NO POS-S, garantizándose al paciente la continuidad en el servicio médico. No obstante en los casos que se requieran procedimientos o medicamentos que no se encuentran contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, se encuentra habilitada la EPS-S para efectuar el recobro ante la Secretaría de Salud del Departamento de Risaralda, por tratarse del régimen subsidiado, y no ante el FOSYGA como lo advierte la Jueza de primera instancia. No obstante al no ser necesario que en sede de tutela se ordene el recobro por virtud del pronunciamiento adoptado por la Resolución No. 1479 de 2015 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, se abstendrá la Sala de emitir pronunciamiento expreso sobre ese punto.

En consecuencia la Sala confirmará el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira.

Corolario de lo anterior, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira el 30 de septiembre de 2015.

**SEGUNDO:** Notifíquese la decisión por el medio más eficaz**.**

**TERCERO:** Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y Cúmplase

La Magistrada,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

**EDNA PATRICIA DUQUE ISAZA**

**Secretaria**

1. Sentencia T-115 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. [↑](#footnote-ref-1)