El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 18 de julio de 2017 – Concede – Confirma

Proceso: Acción de Tutela – primera instancia

Radicación Nro. : 66170-31-10-001-2017-00305-01

Demandante: MARÍA CARLOTA GIRALDO DE FLÓREZ, por intermedio de la Personería Municipal de Dosquebradas

Demandado: ASMET EPS y la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE RISARALDA.

Magistrado Sustanciador: EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

**Temas: ACCIÓN de TUTELA – PERSONA DE LA TERCERA EDAD – DESNUTRICIÓN – SUMINISTRO DE SUPLEMENTOS – ENSURE- – TRATAMIENTO INTEGRAL – CONCEDE - CONFIRMA –** “Solicita la señora MARÍA CARLOTA GIRALDO DE FLÓREZ, se ordene a las entidades accionadas, autorizar y suministrar el insumo denominado “ENSURE ADVANCE HMB LATA X 850 GR, 6 CUCHARADAS EN 190 CC AGUA, 2 VASOS AL DÍA (110 GR), EN UNA CANTIDAD DE 12, TRATAMIENTO PARA 3 MESES”; y el tratamiento integral relacionado con su patología actual o las sobrevinientes, así como el cubrimiento total del servicio de salud POS y NO POS que requiera.

El funcionario judicial de primer grado, concedió el amparo reclamado; ordenó a la Entidad Promotora de Salud accionada autorizar y suministrar el insumo denominado “Ensure Advance HMB Lata x 850 gr, en una cantidad de 12, tratamiento para 3 meses”, concedió también el tratamiento integral que se derive directamente de la patología “Desnutrición Proteico Calórica”, y desvinculó del trámite al ente territorial.”

(…)

De acuerdo con los documentos aportados con el escrito de tutela, se tiene que la demandante presenta como diagnóstico principal “DESNUTRICIÓN PROTEICO CALÓRICA”, por lo que su medica tratante le ordenó el insumo denominado “ENSURE ADVANCE HMB LATA X 850 GR, 6 CUCHARADAS EN 190 CC AGUA, 2 VASOS AL DÍA (110 GR), EN UNA CANTIDAD DE 12, TRATAMIENTO PARA 3 MESES”. (fls. 3-6).

Ahora, en cuanto a quien compete la prestación de servicios de salud en los casos del régimen subsidiado, es preciso señalar que, si bien es cierto que las empresas promotoras de salud de dicho régimen son responsables de brindar los servicios incluidos en el POS, 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. En el artículo 43 dispuso la norma 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.

No obstante, 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 el amparo sea uno de especial protección o cuando la prestación del servicio se requiera con carácter urgente.

En este caso, dadas las concretas circunstancias de la accionante, esto es, su condición física, dado su diagnóstico de “DESNUTRICIÓN PROTEICO CALÓRICA”, su avanzada edad -98 años-, lo que la hace perteneciente al grupo de las personas de la tercera edad o adulto mayor, por ende, sujeto de especial protección constitucional, es necesario que la EPS-S demandada asuma los gastos de aquellos servicios médicos excluidos del POS-S, para garantizarle su derecho fundamental a la salud.

**-------------------------------------------------------------------------------------------------------**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

Sala de Decisión Civil Familia

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, dieciocho (18) de julio de dos mil diecisiete (2017)

Acta N° 371 de 18-07-2017

Referencia: 66170-31-10-001-**2017-00305**-01

**I. ASUNTO**

Decide la Sala la impugnación formulada por ASMET SALUD EPS-S, contra la sentencia del 1º de junio de 2017, proferida por el Juzgado de Familia de Dosquebradas, en la acción de tutela interpuesta por la señora MARÍA CARLOTA GIRALDO DE FLÓREZ,por intermedio de la Personería Municipal de Dosquebradas, contra la citada EPS y la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE RISARALDA.

**II. ANTECEDENTES**

1.La señora MARÍA CARLOTA GIRALDO DE FLÓREZ, por intermedio de la Personería Municipal de Dosquebradas, promovió el amparo constitucional, al considerar que la EPS-S ASMET SALUD y la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE RISARALDA, vulneran sus derechos fundamentales a la salud, calidad de vida e integridad personal; por consiguiente, solicita su amparo y se ordene a la EPS accionada autorizar y suministrar el insumo denominado “ENSURE ADVANCE HMB LATA X 850 GR, 6 CUCHARADAS EN 190 CC AGUA, 2 VASOS AL DÍA (110 GR), EN UNA CANTIDAD DE 12, TRATAMIENTO PARA 3 MESES”. Además pidió se brinde el tratamiento integral y especializado que requiera la señora MARÍA CARLOTA GIRALDO DE FLÓREZ relacionado con su patología actual o las sobrevinientes y el cubrimiento total del servicio de salud POS y NO POS que requiera.

2. En sustento de sus pretensiones relata que la señora MARÍA CARLOTA GIRALDO DE FLÓREZ, de 98 años de edad, se encuentra afiliada a la EPS-S ASMET SALUD; padece de “DESNUTRICIÓN PROTEICO CALÓRICA”, motivo por el cual el médico tratante le prescribió el insumo denominado “ENSURE ADVANCE HMB LATA X 850 GR, 6 CUCHARADAS EN 190 CC AGUA, 2 VASOS AL DÍA (110 GR), EN UNA CANTIDAD DE 12, TRATAMIENTO PARA 3 MESES”, el cual no ha sido autorizado por la EPS.

3. Correspondió el conocimiento del asunto al Juzgado de Familia de Dosquebradas, quien por auto del 18 de mayo pasado avocó su conocimiento y dispuso su notificación y traslado. (fl. 13 cd. ppal.).

3.1. La EPS-S ASMET SALUD, reconoce que la señora MARÍA CARLOTA GIRALDO DE FLÓREZ es su afiliada; manifiesta que hay carencia actual de objeto por hecho superado, pues se comunicaron con la usuaria para que se acercara a sus instalaciones con el fin de radicar las órdenes médicas correspondientes al insumo “ENSURE”, ya que no las había radicado. Solicita entre otras peticiones, que se declare la carencia actual de objeto por hecho superado y en el evento de tutelar los derechos fundamentales “del accionante” (sic), se ordene a la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda que cumpla con sus obligaciones legales y reglamentarias y efectúe directamente el pago a la IPS que corresponda suministrar el servicio NO POS; subsidiariamente pide se le reconozca el derecho a repetir contra el Ente Territorial, por la totalidad de los valores que deba asumir (fls. 23-25).

3.2. La Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, señala que aunque lo deprecado excede el plan de beneficios a cargo de la aseguradora, existe mandato legal y jurisprudencial para atender tal servicio, el cual debe ser suministrado por la EPS-S ASMET SALUD, haciendo referencia a la sentencia T-104 de 2010, la Ley 1438 de 2011 y la Resolución Nº 1479 de 2015. Pide ordenar a la aseguradora cumplir con lo establecido en las Resoluciones 1479 de 2015 y 1261 de 2015, para acceder a servicios que excedan el plan de beneficios a su cargo, indispensables e insustituibles dentro de la atención integral que el representado (sic.) demande, conservando el derecho de recuperar lo invertido en su afiliado (sic.) y que legalmente no le corresponda asumir; y entregue inmediatamente el medicamento, los insumos y demás elementos que requiera su afiliada, toda vez que se trata de una persona sujeto de especial protección constitucional. (fls. 40-41 Ibídem).

**III. EL FALLO IMPUGNADO**

Culminó la primera instancia con sentencia del 1º de junio pasado que accedió al amparo incoado y ordenó a cargo de la EPS-S accionada, autorizar y suministrar a su usuaria el insumo “E*nsure Advance HMB Lata x 850 gr, en una cantidad de 12, tratamiento para 3 meses*”, así como “*en las posteriores cantidades que disponga su médico tratante, siempre que siga vinculada a la EPS-S*”; concedió el tratamiento integral que se derive directamente de su patología *“Desnutrición Proteico Calórica”*. Desvinculó del trámite al ente territorial (fls. 43-46 Ib.).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

La entidad promotora de salud impugnó el fallo, por negársele la posibilidad de realizar el recobro por concepto del servicio de salud NO POS, que se le autorice y practique a la accionante, por ser el recobro ante el FOSYGA o ENTE TERRIATORIAL un derecho que le asiste a la EPS y además por cuanto dichos servicios deben ser autorizados y suministrados por el ente territorial. Pide “*MODIFICAR en el fallo de tutela el derecho de ASMET SALUD EPS a RECOBRAR, que impliquen la prestación de estos servicios al tratamiento integral del usuario que no está incluido en el Plan de Beneficios, ante EL ENTE TERRITORIAL por el 100% de los valores asumidos en cumplimiento del fallo, con el fin de que se preserve el equilibrio económico-financiero del contrato de aseguramiento celebrado entre esta y el ente territorial*” y “*ORDENAR la prestación del servicio en lo referente a lo NO POS a la SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE SALUD DE RISARALDA*”. (fls. 56-64 Ib.).

**V. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

1. El Tribunal es competente para resolver la demanda de tutela, de conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Carta Política y en los Decretos 2591 de 1991 y 1382 de 2000.

2. Es suficientemente conocido que la acción de tutela es un instrumento procesal de trámite preferente y sumario, establecido por el artículo 86 de la Carta Política de 1991, con el objeto de que las personas, por sí mismas o a través de apoderado o agente oficioso, puedan reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados de violación por la acción u omisión de cualquiera autoridad pública, o de los particulares.

3. Por otra parte, el derecho a la salud ha atravesado un proceso de evolución a nivel jurisprudencial y legislativo, cuyo estado actual implica su categorización como derecho fundamental autónomo, que se explica por su estrecha relación con el principio de la dignidad humana, por su vínculo con las condiciones materiales de existencia y por su condición de garante de la integridad física de las personas. Esta nueva categorización fue consagrada por el legislador estatutario en la Ley 1751 de 2015, que dispone que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable, que implica el acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a todos los servicios, facilidades, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo.

4. Recientemente fue expedida la Ley 1751 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y en su artículo 2°, señaló:

*“Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.*

*Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”*

**VI. DEL CASO CONCRETO**

1. Solicita la señora MARÍA CARLOTA GIRALDO DE FLÓREZ, se ordene a las entidades accionadas, autorizar y suministrar el insumo denominado “ENSURE ADVANCE HMB LATA X 850 GR, 6 CUCHARADAS EN 190 CC AGUA, 2 VASOS AL DÍA (110 GR), EN UNA CANTIDAD DE 12, TRATAMIENTO PARA 3 MESES”; y el tratamiento integral relacionado con su patología actual o las sobrevinientes, así como el cubrimiento total del servicio de salud POS y NO POS que requiera.

2. El funcionario judicial de primer grado, concedió el amparo reclamado; ordenó a la Entidad Promotora de Salud accionada autorizar y suministrar el insumo denominado “Ensure Advance HMB Lata x 850 gr, en una cantidad de 12, tratamiento para 3 meses”, concedió también el tratamiento integral que se derive directamente de la patología “*Desnutrición Proteico Calórica*”, y desvinculó del trámite al ente territorial.

3. La entidad promotora de salud impugnó el fallo, para solicitar su modificación, pidiendo se reconozca el derecho a recobrar lo que no esté incluido en el plan de beneficios ante la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, con el fin de que se preserve el equilibrio económico-financiero del contrato de aseguramiento celebrado entre esta y el ente territorial.

4. Es del caso entonces analizar si fue acertada la decisión del funcionario de primera sede, que accedió a la solicitud elevada en el escrito por medio del cual se promovió la acción, tendiente a autorizar y suministrar el insumo denominado “ENSURE ADVANCE HMB LATA X 850 GR, EN UNA CANTIDAD DE 12 LATAS, TRATAMIENTO PARA 3 MESES”, prescrito por la médica tratante de la señora MARÍA CARLOTA GIRALDO DE FLÓREZ, al igual que el tratamiento integral que se derive de su patología.

5. Concedió el amparo constitucional el a quo, con apoyo en que se cumplen los presupuestos señalados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para proteger el derecho a la salud, en atención a la enfermedad que padece la accionante, su avanzada edad y su incapacidad económica, además por las consecuencias para esta, ante la falta del servicio de salud, el cual debe hacerse con sujeción a los principios de oportunidad y eficiencia; y con fundamento en que “*se puede concluir que lo solicitado se hace imprescindible en procura de los intereses superiores de la paciente y sus derechos fundamentales a la salud y vida digna, que se verán vulnerados por la ausencia de los servicios demandados, por lo que no se remite a discusión el hecho de que procede ordenar lo pretendido.*”

Agregando sobre el tratamiento integral que, *“se han hecho pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional, en el entendido que el juez al reconocerlo no haría cosa diferente a seguir los lineamientos que al respecto se tienen, en aras de asegurar que la atención de salud que se preste, sea oportuna, eficaz y especialmente continua.”.* Encontró viable ordenarlo, en aras de evitar que la usuaria deba acudir a los estrados judiciales cada vez que requiera la autorización o materialización de un servicio determinado como consecuencia de su patología.

6. De acuerdo con los documentos aportados con el escrito de tutela, se tiene que la demandante presenta como diagnóstico principal “DESNUTRICIÓN PROTEICO CALÓRICA”, por lo que su medica tratante le ordenó el insumo denominado “ENSURE ADVANCE HMB LATA X 850 GR, 6 CUCHARADAS EN 190 CC AGUA, 2 VASOS AL DÍA (110 GR), EN UNA CANTIDAD DE 12, TRATAMIENTO PARA 3 MESES”. (fls. 3-6).

7. Ahora, en cuanto a quien compete la prestación de servicios de salud en los casos del régimen subsidiado, es preciso señalar que, si bien es cierto que las empresas promotoras de salud de dicho régimen son responsables de brindar los servicios incluidos en el POS, 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. En el artículo 43 dispuso la norma 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.

No obstante, 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 el amparo sea uno de especial protección o cuando la prestación del servicio se requiera con carácter urgente.[[1]](#footnote-1)

En este caso, dadas las concretas circunstancias de la accionante, esto es, su condición física, dado su diagnóstico de “DESNUTRICIÓN PROTEICO CALÓRICA”, su avanzada edad -98 años-, lo que la hace perteneciente al grupo de las personas de la tercera edad o adulto mayor, por ende, sujeto de especial protección constitucional, es necesario que la EPS-S demandada asuma los gastos de aquellos servicios médicos excluidos del POS-S, para garantizarle su derecho fundamental a la salud.

8. En relación con la orden de recobro solicitada por la EPS accionada, desde que la Corte Constitucional profirió la Sentencia T-760 de 2008, ha señalado que, *“(ii) no se podrá establecer que en la parte resolutiva del fallo de tutela se autorice el recobro ante el Fosyga, o las entidades territoriales, como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir. Bastará con que en efecto se constate que la EPS no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC.”.*

9. Ha de decirse que el funcionario de primer grado acertó en tutelar los derechos a la salud y la vida digna de que es titular la señora MARÍA CARLOTA GIRALDO DE FLÓREZ, al igual que conceder el tratamiento integral que se derive directamente de su patología (DESNUTRICIÓN PROTEICO CALÓRICA), para garantizar la prestación de los servicios médicos que exigía su estado de salud, así como, al no ordenar el recobro solicitado, decisiones que han de confirmarse.

**VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO**: CONFIRMAR el falloproferido el 1º de junio de 2017 por el Juzgado de Familia de Dosquebradas, en el trámite de la presente acción de tutela, interpuesta por la señora MARÍA CARLOTA GIRALDO DE FLÓREZ, contra la EPS-S ASMET SALUD.

**SEGUNDO**: NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes por el medio más expedito posible (Art. 5º. del Decreto 306 de 1992).

**TERCERO**:Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese,

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

1. Sentencia T-1089 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil. [↑](#footnote-ref-1)