RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA

SALA DE DECISION PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Pereira, veinticinco (25) de enero de dos mil doce (2012)
Proyecto aprobado por Acta No. 032
Hora: 6:00 p.m.

1. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala resolver lo pertinente en relación con la impugnación interpuesta por el señor RICARDO ANDRÉS ESTUPIÑAN DIAGO contra el falló proferido por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira.

2. ANTECEDENTES

2.1 El señor RICARDO ANDRÉS ESTUPIÑAN DIAGO instauró acción de tutela en contra de la Nueva E.P.S. por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud, a la dignidad humana, a la vida digna e integridad personal.

2.2 El supuesto fáctico es el siguiente:

- El accionante encuentra afiliado a la NUEVA E.P.S.

- Cuenta con 24 años de edad.

- Fue sometido a tratamiento de ortodoncia durante 4 años, el cual culminó el primer semestre del año 2009, por presentar una "maloclusión severa de clase II por un micrognatismo mandibular" y "ausencia congénita de los segundos premolares inferiores (35-45)".

- El tratamiento realizado fue enfocado a corregir la "maloclusión de clase II", conservando los espacios de los premolares inferiores para evitar el incremento del "micrognatismo mandibular", así como sus secuelas funcionales, su aspecto físico y las repercusiones psicológicas. Para tal

fin, se dejaron espacios para una futura restauración con implantes, los cuales se reclaman a la E.P.S. tutelada, teniendo en cuenta que la malformación que padece el accionante es congénita.

- El especialista en cirugia máxilofacial y el rehabilitador oral, contratados por la NUEVA E.P.S., conceptuaron sobre la naturaleza congénita del proceso y la necesidad del tratamiento con implantes, servicio que fue negado por la entidad demanda, lo que motivó la interposición de la presente acción de tutela.

- El caso del actor fue revisado por un estomatólogo y cirujano oral de la NUEVA E.P.S. quien confirmó la necesidad de rehabilitación de los espacios que padece, remitiéndolo a valoración por rehabilitador.

- La negación de los servicios médico-odontológicos, generaría una grave condición de "maloclusión dentaria con daños en articulaciones temporomandibulares, dolor crónico y disminución del tamaño mandibular con deformidad física y alteraciones psicológicas secundarias".

- El accionante desde temprana edad padece de "micrognatismo", patología que afecta de manera directa su proyecto de vida ya que día a día piensa en los problemas futuros que tanto a niveles físicos como psicológicos y funcionales presentará, si de manera oportuna, eficiente eficaz y con calidad no se le brinden los servicios médicos requeridos.

- Solicita que una vez le sean tutelados sus derechos, se ordene a la NUEVA E.P.S. suministrar todos los servicios médicos y odontológicos, generales y de especialista, tratamiento médico-odontológico, cirugías, implantes, exámenes, medicamentos, aditamentos necesarios, y el tratamiento integral que requiera para la rehabilitación de sus unidades dentales y recuperación máxilofacial y dental.

- RICARDO ANDRÉS ESTUPIÑAN DIAGO es un joven de familia, dedicado a la universidad, y no cuenta con un salario que le permita costear los servicios odontológicos. Su deseo es lograr las metas propuestas dentro de su proyecto de vida, sin que su salud, seguridad social, y vida en condiciones dignas se vean afectados por la demora en el tratamiento que requiere de manera urgente de conformidad con lo señalado por los profesionales de la medicina y su propio sentir.

2.3 Anexó a la acción de tutela copia de los siguientes documentos: i) cédula de ciudadanía; ii) cané de afiliación a la NUEVA E.P.S.; iii) historia clínica; iv) oden médica de valoración por rehabilitador; v) plan de tratamiento y órdenes de servicio; y vi) formato de negación de servicio de "implante dental alopático (oseointegración) sod".

2.4 El Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, mediante auto del 22 de julio de 2011 avocó el conocimiento de las diligencias, y corrió el respectivo traslado de la entidad demandada.

3. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

3.1 NUEVA E.P.S.

La representante judicial de la NUEVA E.P.S. allegó respuesta en los siguientes términos:

- RICARDO ANDRÉS ESTUPIÑAN DIAGO se encuentra afiliada a la entidad en calidad de beneficiario.

- En la actualidad la afiliación del actor figura como retirada, debido a que el grupo familiar presenta un retiro laboral desde el mes de junio de 2011, motivo por el cual no se le puede autorizar ningún servicio médico.

- El demandante a través de la presente acción de tutela solicita la autorización de un "IMPLANTE DENTAL ALOPLASTICO (OSEOINTEGRACIÓN) SOD" (sic), servicio que no se encuentra incluido dentro del POS, motivo por el cual no es procedente el suministro del mismo.

- Para la posible aprobación del servicio pretendido, se requiere presentar solicitud ante el Comité Técnico Científico, de conformidad con lo establecido en la Resolución 3099 del Ministerio de la Protección Social, documento requerido por el FOSYGA ante un eventual recobro, y para mantener la viabilidad económica del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

- El titular de los derechos solicitó el tratamiento pretendido ante el CTC. Sin embargo, una vez analizada la patología y a la exclusión expresa del POS, no lo autorizó, por cuanto el servicio es de tipo estético netamente.

- No se encuentra acreditado que la falta del "IMPLANTE DENTAL ALOPLASTICO (OSEOINTEGRACIÓN) SOD" (sic), afecte la salud en conexidad con la vida del actor, ya que si bien presenta espacios edentulos, ello no afecta en nada su salud, tal como lo conceptuó un especialista, al establecer que RICARDO ANDRÉS presenta buena salud oral.

- El tratamiento que pide el tutelante conlleva razones de belleza y no se

concentra en sanar una dolencia o patología en salud.

- El artículo 54 del Acuerdo 008 de 2009, y el artículo 18 de la Resolución 5261 hacen referencia a las exclusiones en el régimen contributivo.

- Hizo referencia al procedimiento que efectúa el Comité Técnico Científico para la avaluación, aprobación o desaprobación de servicios no POS.

- No se probaron los presupuestos que permitan verificar la existencia de un perjuicio irremediable por el no suministro del tratamiento de ortodoncia.

- Enunció los requisitos jurisprudenciales para que a través de la acción de tutela se ordene el suministro de servicios excluidos del POS.

- Transcribió jurisprudencia en la que se establece que el juez debe garantizar la facultad de recobro a aquellas entidades que garanticen la prestación de servicios no POS.

- En razón al principio de solidaridad, es el actor o su familia quienes deben asumir lo pretendido.

- La NUEVA E.P.S. ha venido asumiendo todos y cada uno de los servicios solicitados por el usuario, siempre y cuando estén dentro de la órbita prestacional de la entidad

3.1.1 En el acápite de pretensiones pide i) que no se conceda la acción de tutela; ii) que se notifique de manera total el fallo; y iii) en el evento de que se acceda a lo solicitado por la demandante, se conceda la facultad de recobro ante el Fosyga por todos los valores por concepto del cumplimiento del fallo de tutela.

4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo del 5 de agosto de 2011[1], el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, decidió declarar la carencia de objeto por no existir vulneración a los derechos del tutelante.

El fallo fue apelado por la accionante.

5. DE LOS ACTOS DE NOTIFICACIÓN

- El Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de

[1] Folios 40-44

Penas y Medidas de Seguridad de Pereira elaboró acta de notificación personal con fecha 8 de agosto de 2011[2], en la que el representante del Ministerio Público, el accionante y la entidad tutelada plasmaron su firma. La NUEVA E.P.S. impuso un sello de recibido con fecha 10 de agosto de 2011.

- Por su parte, el Ministerio Público y el actor no se percataron de señalar la fecha en que efectivamente se había realizado la notificación de la sentencia.

- El secretario del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, dejó constancia de la notificación del fallo por "Edicto" fijado el 18 de agosto de 2011[3] y desfijado el día 22 de agosto de 2011 a las 6:00 p.m.

- El día 8 de septiembre de 2011 el señor RICARDO ADNRÉS ESTUPIÑAN DIAGO presentó escrito en el que manifestó su voluntad de impugnar la decisión que le fue notificada el día 6 de septiembre de 2011[4].

- El día 13 de septiembre de 2011 el titular de los derechos allegó escrito de impugnación en el que hace referencia a sus motivos de inconformidad con el fallo referido.

- El día 23 de septiembre de 2011 la acción de tutela fue remitida a la Corte Constitucional para su eventual revisión[5].

- Mediante escrito del 26 de septiembre de 2011[6], el accionante hizo referencia a la negación del recurso de apelación por extemporaneidad, dando a conocer que se había notificado de la decisión recurrida el 6 de septiembre de 2011, y no el día 8 de agosto de 2011 tal como figura en el acta de notificación personal.

  Aseguró que en el mes de agosto de 2011 no se hizo presente en el Palacio de Justicia, situación que puede ser corroborada con el certificado de ingresos al edificio.

- A través de auto del 19 de septiembre de 2011 fue declarada la extemporaneidad del recurso de apelación[7], el cual fue notificado al demandante el 26 de septiembre de 2011[8].

---

[2] Folio 45.
[3] Folio 46.
[4] Folio 47.
[5] Folio 50.
[6] Folio 51-52
[7] Folio 53.
[8] Folio 54.

- El día 29 de septiembre de 2011 el a quo dejó constancia sobre el recibido del documento del 26 de septiembre de 2011, arriba referido, asegurando que en aquella oportunidad se le aclaró al accionante que no se discutía sobre la fecha en la que surtió la notificación personal de la tutela (6 de septiembre de 2011), sino la fecha en la cual debía hacerse presente para llevar a cabo la dicha diligencia e interponer el recurso respectivo. Teniendo en cuenta que no se hizo presente dentro del término correspondiente, se procedió a realizar la notificación por Edicto durante los días 18, 19 y 20 de agosto de 2011, luego de lo cual se remitió el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

- El día 14 de octubre de 2011 el juzgado fallador emite oficio Nro. 5476 dirigido a la Secretaria de la Corte Constitucional, a través del cual solicita que se devuelva a su sede de origen el expediente 3245566, a fin de dar trámite al recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Pereira[9].

- Mediante auto del 13 de octubre de 2011 el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, nulitó lo actuado a partir de la fijación del Edicto, a fin de notificar de manera personal de sentencia, teniendo en cuenta que el acta a través de la cual fue enterado del fallo el accionante, carece de fecha, y por cuanto no existe constancia del día en el que fue citado para ejecutar el acto procesal referido.

- El día 14 de octubre de 2011 se subsanó el yerro de notificación personal al accionate. El señor RICARDO ANDRÉS ESTUPIÑAN DIAGO firmó el acta correspondiente y plasmo su voluntad de apelar el proveído, teniendo en cuenta lo referido en el escrito del 13 de septiembre de 2011.

6. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

5.1 El demandante sustentó el recurso en los siguientes términos:

- El derecho a la salud debe ser entendido como “un todo integrado” (sic), del cual no puede ser excluida la dignidad propia de los tratamientos de tipo estético, cuando su esencia es de carácter funcional.

- La historia clínica aportada establece que padece de un defecto congénito en su dentadura, situación que lo ha obligado a llevar un paladar para guardar los espacios que normalmente deben cubrir los dientes, el cual debe ser utilizado a fin de que sus molares no se

9

desplacen y comprometan la mordida y la pérdida de los mismos por maloclusión.

- La ausencia de los dientes ha generado deformidad de su rostro, hecho que se encuentra acreditado en la historia clínica, ya que es evidente el acortamiento de su mentón.

- No es un problema de salud oral, sino que existe la necesidad de que la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado, cubra el tratamiento de implante dental, ya que se podría ver avocado a la pérdida de los dientes por el desorden que genera la ausencia de algunas piezas dentales, lo que ha generado un aumento en su rostro y disminución del mentón, defecto físico que tiene serias repercusiones psicológicas.

- No es cierto que lo pretendido tenga carácter estético, sino de tipo funcional, ya que no es el embellecimiento el que se busca sino el órgano de la masticación.

- Solicita se revoque la decisión y se ordene a la NUEVA E.P.S. que cubra el tratamiento de rehabilitación al cual está siendo remitido por los diferentes profesionales.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Esta Sala es competente para conocer de la presente acción, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 reglamentario del artículo 86 de la C.N. A su vez se cumplen los requisitos de legitimación por activa y por pasiva, previstos en los artículos 10 y 13 del Decreto 2591 de 1991.

6.2 La Constitución Política Colombiana consagró la acción de tutela en el Art. 86 como un derecho que tiene toda persona para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actúe a su nombre, la protección *inmediata* de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en su caso, protección que consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo, fallo que será de inmediato cumplimiento; pero esta acción solo es procedente cuando el afectado *no disponga de otro medio de defensa judicial*, salvo que ella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

6.3- Problema jurídico y solución

El asunto a resolver es determinar si la NUEVA E.P.S. ha vulnerado los derechos del señor RICARDO ANDRÉS ESTUPIÑAN DIAGO, ante la negativa de suministrar el tratamiento integral de rehabilitación oral, el cual incluye "implante dental rehabilitado", "implante dental fase-quirúrgica"[10] e "implantes de oseointegración"[11], servicios que fueron ordenados por los médicos tratantes del actor, con el argumento de estar excluidos del POS.

Para dilucidar tal aspecto se considera oportuno recordar que en diferentes ocasiones la jurisprudencia constitucional ha establecido que la salud es un derecho fundamental y por ende lo ha venido protegiendo por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutela; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el accionante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando el carácter fundamental del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna"12

Posteriormente, el Alto Tribunal superó la concepción indicada por muchos años, según la cual, la salud solo adquiere carácter de fundamental estando en conexidad con otras garantías fundamentales, y en la actualidad lo protege como derecho autónomo, señalando al respecto lo siguiente:

> *"(…) el derecho a la salud es un derecho de conservación y restablecimiento del estado de una persona que padece de algún tipo de dolencia, todo obedeciendo al respeto del principio de dignidad humana13, es por ello que esta Corporación ha precisado que la salud puede ser considerada como un derecho fundamental no solo cuando peligre la vida como mera existencia, sino que ha resaltado que la salud es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas (el acceso a tratamientos contra el dolor14 o el suministro de todo lo necesario, para*

[10] Folio 21.
[11] Folio 22.
[12] Sentencia T-760 de 2008.
[13] Sentencia T-881 de 2002.

[14] Sobre el particular, consultar entre otras, T-1384 de 2000, T-365A-06.

aquellas personas que padecen de enfermedades catastróficas que si bien, algunas son incurables, debe propenderse por todo lo necesario para un padecimiento en condiciones dignas).

De la misma forma, el derecho a la salud es individual y colectivo en tanto la asistencia individual que cada persona pueda requerir y el carácter asistencial de la salud pública y prevención de enfermedades más comunes.

Por tanto, de conformidad con la normatividad vigente y en especial de los mandatos constitucionales todos los entes que prestan la atención en salud deben procurar no solo de manera formal sino también material la mejor prestación del servicio, en pro del goce efectivo de los derechos de sus afiliados, pues la salud comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida en condiciones dignas, el cual debe ser garantizado por el Estado y por todos los entes encargados de la prestación del servicio, de conformidad con los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales. (…)"[15]

6.4 La Corte Constitucional ha proferido reiterada jurisprudencia en la que ha establecido que los aquellos procedimientos médicos no contenidos en el plan obligatorio de salud por el hecho de ser considerados estéticos, no pueden afectar derechos fundamentales. En tal sentido, ha expuesto:

"Tendiendo cuenta el sentido en que se estudiaron los derechos fundamentales mencionados en la sentencia antecedente, no le es dable a la E.P.S. negar o demorar los procedimientos médicos señalados y ordenados por el médico tratante y adscrito a ella, caso en el cual se desvirtúa la función esencial de la protección social en salud. Con el objeto de hacer claridad al respecto, en un aparte de la sentencia T-1037 de 2001, se dijo lo siguiente: "Además, como también está consolidado en la jurisprudencia, no es normal que se retrase la autorización de cirugías, exámenes o tratamientos que los mismos médicos de las E.P.S. o I.P.S. recomiendan, pues ello va en contra de los derechos a la vida, y a la integridad física de los afiliados no solamente cuando se demuestre que sin ellos el paciente puede morir, sino

[15] Sentencia T-648 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

*también cuando implican una demora injustificada en la iniciación de un tratamiento que pretende el restablecimiento de la salud perdida.**[3]**".*

Como se ha visto, la violación de los derechos a la salud, a la vida y a la integridad física deben ser protegidos no solo cuando se esta en peligro de muerte sino para mantener una vida digna.

Dentro de la concepción de vida digna cabe analizar los procedimientos médicos de carácter estético que requieran los pacientes afiliados a entidades promotoras de salud, cuando lo que se persigue es aminorar un sufrimiento o facilitar un mejor modo de vida, aunque por mandato legal estos tratamientos o procedimientos médicos se encuentren excluidos del POS. Estas circunstancias deben ser contempladas de acuerdo a las necesidades de cada paciente, tal como lo dice la sentencia T-119 de 2000 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo: "No obstante, en cada caso particular deberá establecerse por las entidades encargadas de prestar los correspondientes servicios y por el juez constitucional - cuando el asunto es llevado ante su estrado- si la intervención quirúrgica que requiere el afiliado o beneficiario tiene realmente el carácter estético o cosmético, o si, por el contrario, a pesar de su apariencia, guarda relación con un imperativo de salud considerado sustancialmente, pues habrá eventos en los que el tratamiento haya sido ordenado por los especialistas, no por razones de belleza o presentación externa, sino con el objetivo primario de curar una dolencia, aunque secundariamente pueda repercutir en la mejora de los aludidos aspectos corporales."[16]

6.5 Ahora bien, el Máximo Tribunal Constitucional jursprudencialmente ha establecido unas reglas para garantizar el acceso a los servicios de salud que no hacen parte de los beneficios POS.

"(…) Con el tiempo, la jurisprudencia constitucional fue precisando los criterios de aplicación la regla de acceso a los servicios de salud que se requerían y no estaban

[16] Sentencia T-389 de 2001

> *incluidos en los planes obligatorios de salud.*[17] *Actualmente, la jurisprudencia reitera que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando "(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo."*[18] *En adelante, para simplificar, se dirá que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera [que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv)] con necesidad [condición (iii)]. Como lo mencionó esta Corporación, "(…) esta decisión ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud,*[19] *como en el régimen subsidiado,*[20] *indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección, a la enfermedad que padece la persona o al tipo de servicio que ésta requiere. (…)"*[21]

Luego, el derecho fundamental a la salud contempla, entre otras cosas, el derecho a acceder a los servicios, medicamentos y tratamientos que se requieran para conservar la salud, la vida digna y la integridad personal, lo que incluye a su vez, el derecho a que sea autorizado el procedimiento o servicio

---

[17] Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-484 de 1992 (MP Fabio Morón Díaz), T-505 de 1992 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-548 de 1992 (MP Ciro Angarita Barón.

[18] Sentencia T-1204 de 2000. MP Alejandro Martínez Caballero

[19] Ver entre otras las sentencias T-080 de 2001 (MP Fabio Morón Díaz); T-591 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett); T-058 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-750, T-828 (MP Rodrigo Uprimny Yepes).

[20] Sentencia T-829 MP Rodrigo Uprimny Yepes.

[21] Sentencias SU-819 de 1999. MP Álvaro Tafur Galvis..

más acorde y efectivo al tipo de patología padecida por el paciente, en esta caso, los denominados como "mal oclusión severa por micrigigantismo mandibular" y "ausencia congénita de los segundos premolares 35 y 45"[22], pues la negativa de su suministro, puede conducir a un deterioro mayor en la salud del respectivo paciente.

6.6 Solución al caso concreto

La presente acción fue interpuesta por RICARDO ANDRÉS ESTUPIÑAN DIAGO afiliado al régimen contributivo a través de la NUEVA E.P.S., a quien le fue en el año 2009 le fueron diagnosticadas las enfermedades denominadas "mal oclusión severa por micrigigantismo mandibular" y "ausencia congénita de los segundos premolares 35 y 45"[23].

De las pruebas allegas al expediente, se tiene que con el fin de dar tratamiento a las patologías enunciadas, el doctor Luis Fernando Salazar Jiménez estomatólogo y cirujano oral, remitió al accionante a valoración por rehabilitación oral para determinar el tratamiento a seguir[24].

El día 16 de octubre de 2010 la doctora Isabel Cristina Santa G. rehabilitadora oral, valoró al titular de los derechos, y en aquella oportunidad conceptuó lo siguiente: *"PACIENTE QUE PRESENTA ESPACIOS EDENTULOS POR ANODONCIA CONGENITA A NIVEL 35 Y 45. EL ESTADO GENERAL DE LOS DIENTES DEL PACIENTE ES MUY BUENO Y SE CONSIDERA QUE LA REHABILITACION ADECUADA PARA ESTOS ESPACIOS ES CORONAS IMPLANTOSOPORTADAS."*[25] (sic), procediendo a estipular en el plan de tratamiento los servicios denominados "implante dental rehabilitado" e "implante dental-fase quirúrgica"[26].

Por su parte, el doctor Francisco Arias Mejía cirujano máxilofacial, el día 25 de octubre de 2010, consideró: *"El paciente presenta buena salud oral y valorando las rx presenta adecuada altura ósea que permite la rehabilitación por medio de 2 implantes de oseintegración… Requiere manejo conjunto con rehabilitador y cirugía para la colocación de implantes"*[27].

El formato de negación expedido por la NUEVA E.P.S. tiene fecha de 6 de diciembre de 2010.

Es de tenerse en cuenta que el actor manifestó bajo juramento que carece de capacidad económica para asumir los costos del servicio referido[28], y la entidad

[22] Folio 8.
[23] Folio 8.
[24] Folio 15-17.
[25] Folio 18.
[26] Folio 21.
[27] Folio 22.
[28] Folio 3.

tutelada no probó lo contrario; además tendremos en cuenta el criterio jurisprudencial del traslado de la carga de la prueba a la accionada cuando el accionante hace la negación indefinida atinente a su incapacidad patrimonial:

> *"…(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad…". (Sentencia T-683/03, reiterada en las T-829 de 2004 y T-101/06).*

Adicionalmente se tiene que la accionada no acreditó haber realizado un estudio médico en el área clínica relacionada con la patología del paciente, por tanto no logró desvirtuar lo decidido por los galenos tratantes, prevaleciendo categóricamente las decisiones adoptadas por ellos.

La sumatoria de todas las consideraciones anteriores, permite a esta Sala revocar en su integridad la sentencia materia de impugnación, ya que del análisis hecho con precedencia, se desprende la omisión en la que ha incurrido la accionada, dado que el usuario no está recibiendo la atención que demanda, lo que ha conducido a que éste no pueda llevar una vida normal y acorde con la

dignidad humana, razón para que en aras de respetar y salvaguardar los derechos fundamentales que reclama, se ordene a la NUEVA E.P.S., que le autorice "implante dental rehabilitado", "implante dental-fase quirúrgica" o "implantes de oseintegración", atendiendo las indicaciones y prescripciones de los especialistas tratantes.

Así las cosas, el despacho concederá la tutela a los derechos a la salud y vida digna del señor RICARDO ANDRÉS ESTUPIÑAN DIAGO, en la forma ya advertida, y en consecuencia, ordenará a la NUEVA E.P.S. que dentro del término de cuarenta y ocho (48) siguientes a la notificación del fallo, autorice los servicios antes enunciados.

Ahora bien, teniendo en cuenta que a raíz de las enfermedades denominadas "maloclusión severa de clase II por un micrognatismo mandibular" y "ausencia congénita de los segundos premolares inferiores (35-45)" que padece el RICARDO ANDRÉS ESTUPIÑAN DIAGO, éste requerirá la prestación de diversos servicios por parte de la entidad a la cual se encuentra afiliado, se dispondrá, en atención del principio de integralidad que rige el sistema de Seguridad Social en salud, que se le brinde el tratamiento integral necesario para lograr hasta donde sea posible su recuperación y el mejoramiento de su calidad de vida. Al respecto la Ley 100 de 1993, en su artículo 153 dice:

> "*El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud".*

Así mismo, el literal c del artículo 156 ibídem expresa:

> *"Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud."*

Y en igual sentido, el Tribunal Constitucional ha indicado:

> *"17.- Con base en ello, esta Corte ha desarrollado toda una línea jurisprudencial para darle plena aplicación al principio de integralidad y de esa manera garantizar plenamente el derecho fundamental a la salud de todos los ciudadanos. Por ello, ha dispuesto que la atención a*

la salud debe ser integral y comprender el cuidado, el suministro de medicamentos, las intervenciones quirúrgicas, las prácticas de rehabilitación, la realización de exámenes de diagnóstico y seguimiento así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el restablecimiento de la salud del paciente[29].

18. Con todo, existen dos perspectivas desde las cuales la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de integridad de la garantía del derecho la salud. Una relativa a la integralidad del concepto mismo de salud, que llama la atención sobre las distintas dimensiones que tienen las necesidades de las personas en materia de salud, valga decir necesidades preventivas, educativas, informativas, fisiológicas, psicológicas, entre otras.[30]

*La otra perspectiva, que interesa particularmente en el presente caso, es la que da cuenta de la necesidad de proteger el derecho fundamental a la salud de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas de manera efectiva****. Esto es, que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación particular de un(a) paciente.***

Por consiguiente, pude afirmarse que el principio de integridad (o principio de integralidad) corresponde a un contenido de la directriz general de prestación del servicio de salud con exigencias concretas de calidad, cuyo núcleo esencial radica en la obligación que le asiste a todas las autoridades que prestan el servicio de salud en Colombia, de suministrar los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, seguimiento y demás requerimientos que un médico tratante considere necesarios, para atender el estado de salud de un(a) afiliado(a); con límite únicamente en el contenido de las normas legales que regulan la prestación del servicio de seguridad social en salud y su respectiva interpretación constitucional.

[29] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-518 de 2006
[30] Sobre el particular se puede consultar las sentencias T-926 de 1999, T-307 de 2007 y T-016 de 2007, entre otras.

> *19.- Ahora bien, es importante precisar que cuando las Entidades Prestadoras del Servicio de Salud reconocen insumos o medicamentos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud –POS- pero su prestación no es garantizada oportunamente, desconocen, irrespetan y amenaza gravemente el derecho fundamental a la salud del paciente, pues dicha conducta pude generar efectos tales que puedan someter al paciente a un un intenso dolor o impedirle acceder en el momento preciso a un servicio de salud para recuperarse o, producir un deterioro considerable en su salud. Por ello, esta Corporación ha dispuesto que la prestación de los servicios debe ser oportuna, eficiente y de calidad a fin de garantizar la efectiva e integral prestación del servicio y respetar el derecho a la salud del usuario.[31]"*

6.7 Respecto al recobro ante el Fosyga

Sobre este punto vale aclarar que, esta Sala había adoptado una posición en el sentido que cuando el accionante debía acudir a la acción de tutela ante la negativa de las la Empresas Prestadoras del servicio requeridos por el solicitante. Por ese hecho, tanto las EPS como la EPSS, tenían derecho al recobro del 50 % ante el FOSYGA, atendiendo lo dispuesto en la sentencia de la Corte Constitucional C-463 del 14-05-2008, M.P. Dr. Jaime Araújo Rentaría:

> *"En el caso de que las EPS no estudien oportunamente los requerimientos del médico tratante para los usuarios del Régimen Contributivo respecto de servicios excluidos del POS y sean obligados a su prestación mediante acción de tutela,* ***la sanción que impone la disposición demandada a las EPS es que los costos de dicha prestación serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga****."*

El artículo 145 de la ley 1438 de 2011[32], dispuso la derogación expresa del literal j del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007[33], el cual ordenaba que todos

[31] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T- 760 de 2008.

[32] Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias, en especial los parágrafos de los artículos 171, 172, 175, 215 y 216 numeral 1 de la Ley 100 de 1993, el parágrafo del artículo 3o, el literal (c) del artículo 13, los literales (d) y (j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, el artículo 121 del Decreto-ley 2150 de 1995, el numeral 43.4.2 del artículo 43 y los numerales 44.1.7, 44.2.3 del artículo 44 de la Ley 715 de 2001, así como los artículos relacionados con salud de Ley 1066 de 2006.

[33] *Organización del Aseguramiento.* Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la ges tión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.

aquellos servicios no POS debían ser sometidos a estudio del Comité Técnico Científico. Si la EPS o EPSS no valoraba oportunamente tales solicitudes ni las tramitaba ante dicho comité, y la prestación de los mismos se obligaba a través de acción de tutela, los costos serían cubiertos por partes iguales entre la EPS o EPSS y el FOSYGA o el ente territorial respectivo.

Ante esa derogatoria, esta Sala considera que en el presente evento a la NUEVA E.P.S. le asiste el derecho de recobrar ante el Fosyga por el 100% de los gastos en que incurra para el suministro del "implante dental rehabilitado", "implante dental-fase quirúrgica" o "implantes de oseintegración", y de todos aquellos servicios que se le lleguen a proporcionar al accionante como parte del tratamiento integral autorizado en este fallo de tutela, y que se hallen expresamente excluidos del POS.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de decisión Penal, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución y la ley.

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de tutela proferida por el Juez Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira Risaralda.

SEGUNDO: TUTELAR los derechos a la salud y vida digna del señor RICARDO ANDRÉS ESTUPIÑAN DIAGO.

TERCERO: ORDENAR a la NUEVA E.P.S. que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación del presente fallo, autorice los "implante dental rehabilitado", "implante dental-fase quirúrgica" o "implantes de

---

Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS). Cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señala el reglamento. (…) literal J., En aquellos casos de enfermedad de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, las EPS llevarán a consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos. Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga. El Ministerio de la Protección Social reglamentará el presente artículo, dentro de los seis (6) meses posteriores a la entrada en vigencia de la presente ley. En todo caso, cuando el Fosyga haga el reconocimiento, el pago se hará sobre la base de las tarifas mínimas definidas por la Comisión de Regulación en Salud; **Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional C-463 de 2008, en el entendido de que la regla sobre el reembolso de la mitad de los costos no cubiertos, también se aplica, siempre que una EPS sea obligada mediante acción de tutela a suministrar medicamentos y demás servicios médicos o prestaciones de salud prescritos por el médico tratante, no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes legalmente vigentes**.

oseintegración", a favor del señor RICARDO ANDRÉS ESTUPIÑAN DIAGO, atendiendo las indicaciones y prescripciones de los especialistas tratantes. Se le deberá brindar, además, la atención integral que requiera el afiliado para el mejoramiento de su calidad de vida, en lo que respecta a las patologías que motivaron el presente trámite.

CUARTO: DISPONER que a la NUEVA E.P.S. le asiste el derecho de recobrar ante el Fosyga por el 100% de los gastos en que incurra para el suministro del "implante dental rehabilitado", "implante dental-fase quirúrgica" o "implantes de oseintegración", y de todos aquellos servicios que se le lleguen a proporcionar al accionante como parte del tratamiento integral autorizado en este fallo de tutela, y que se hallen expresamente excluidos del POS.

QUINTO: Líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

SEXTO: Por secretaría se remitirá el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ
Magistrada

JAIRO ALBERTO LÓPEZ MORALES
Secretario