

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

Magistrada Ponente: Claudia María Arcila Ríos

Pereira, diecisiete (17) de febrero de dos mil catorce (2014)

Acta No. 62 del 17 de febrero de 2014

Expediente No. 66001-31-10-004-2013-00782-01

Decide esta Sala la impugnación presentada por la Directora de la EPS Servicio Occidental de Salud S.A. frente a la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto de Familia de Pereira, el 5 de diciembre de 2013, en la acción de tutela que contra la recurrente y la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, promovió la señora María Durleydi Gómez Cardona

ANTECEDENTES

Expresó la demandante que el 22 de julio de 2013, Asalud Ltda., en convenio con medicina laboral de Colpensiones, le recomendó unos exámenes para obtener el concepto de neuropsicología, el que requiere para continuar con el proceso de calificación y acceder a la pensión de invalidez; ninguna de la entidades demandadas lo autorizó; su costo particular es de \$450.000 y como es persona discapacitada y de escasos recursos, no puede pagar tal suma.

Considera lesionados sus derechos a la vida digna, la salud, el mínimo vital y la seguridad social y para protegerlos, solicita se ordene a las accionadas practicarle el examen recomendado.

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante proveído del 25 de noviembre de 2013 se admitió la acción y se ordenaron las notificaciones de rigor.

La Directora de la EPS accionada se pronunció para indicar, en resumen, que desconoce la clase de trámite que realiza la señora Gómez porque aduce que adelanta el de su pensión de invalidez, pero se encuentra afiliada a esa entidad, como beneficiaría, desde el año 2001; hizo referencia al procedimiento para obtener la calificación del estado de invalidez y concluyó que como se adelanta en el Fondo de Pensiones, “debe realizarse su solicitud directamente”. Pidió se negara la tutela porque la entidad que representa acata las normas del sistema de seguridad social en salud y no ha vulnerado derecho alguno; en subsidio, de accederse a las peticiones, se le faculte para ejercer la acción de recobro ante el Ministerio de Protección Social-Fosyga.

La otra entidad accionada no se pronunció.

Se puso término a la instancia con sentencia del 5 de diciembre de 2013. En ella se concedió el amparo solicitado y se ordenó a la EPS Servicio Occidental de Salud S.O.S., en el término de cuarenta y ocho horas, adelantar los trámites necesarios para realizar el examen por neuropsicología que requiere la demandante y en el evento que deba hacerse en otro lugar, le suministre todo lo necesario para los gastos de viaje y alojamiento. A la Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones" la exoneró de los efectos del fallo.

Para decidir así, empezó por hacer referencia a la competencia de ese despacho para conocer de la acción instaurada, aunque haciendo alusión a hechos diferentes a los que plantea el caso concreto; luego al problema jurídico por resolver; al derecho a la salud como fundamental y autónomo, para concluir que la EPS demandada lo lesionó porque a esa entidad se encuentra afiliada la demandante, como beneficiaria, el examen fue recomendado por el médico tratante, se le autorizó pero en forma errónea y la peticionaria no cuenta con recursos económicos para sufragar su costo.

Inconforme con esa decisión, la Directora de EPS accionada la impugnó. Expresó que la entidad que representa comprende el interés de la accionante en que se le presten servicios médicos; sin embargo, existen imperativos legales y reglamentarios que les impide hacerlo por estar excluidos del POS. Solicitó revocar la sentencia de primera instancia que imparte órdenes contrarias a la normatividad aplicable respecto de los servicios cubiertos por ese plan "y otorga derechos denominados exclusiones." En subsidio pidió se ordene al Fosyga reintegrarle el 100% de los costos que deba asumir respecto de servicios excluidos del POS y de los servicios denominados exclusiones, que se deriven del cumplimiento del fallo.

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.- En el escrito con el que se promovió la acción, reclama la demandante se protejan sus derechos a la salud, a la vida, al mínimo vital y a la seguridad social y solicita se ordene a las entidades demandadas practicarle valoración por neuropsicología que requiere para obtener "la calificación" con el fin de acceder a la pensión de invalidez.

Ante la respuesta que emitió la EPS demandada, en el sentido de que la peticionaria figura afiliada al sistema general de salud que ofrece, como beneficiaria y la duda que surgió en relación con la pensión que reclama, en esta sede se le escuchó. En la declaración rendida explicó que en la actualidad no trabaja, tampoco ha cotizado al régimen de pensiones, pero trata de obtener la pensión de su madre fallecida; médico laboral de Colpensiones le recomendó valoración por neuropsicología, el que le autorizó la S.O.S. en la ciudad de Cali, pero en ese lugar le decían que la orden debía ser diferente; no le solucionaron el problema hasta que

formuló la tutela y fue así como la última entidad citada autorizó el examen, ya se lo practicaron y la misma entidad autorizó los gastos de traslado a la ciudad de Cali.

Para definir la cuestión empezará la Sala por decir que resultan acertados los argumentos del funcionario de primera instancia que al analizar el derecho a la salud concluyó que adquiere el carácter de fundamental, con sustento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que modificó el criterio anterior, en cuanto exigía, para que procediera su amparo por vía constitucional, que estuviera íntimamente ligado a uno que participara de tal linaje.

También se justificaba conceder la protección solicitada porque tal derecho resultó lesionado por la EPS demandada que se negó a autorizar la valoración por neuropsicología recomendada a la paciente a pesar de que había obtenido justificación médica para la prestación de ese servicio por el médico tratante¹, con fundamento en los diagnósticos de depresión mayor y múltiples duelos y de requerirlo para pensión por Colpensiones.

Pero además, porque como lo aclaró la accionante en la declaración que rindió en esta instancia, requiere la valoración ordenada para reclamar la sustitución pensional a que considera tener derecho.

De conformidad con lo indicado en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes (sustitución pensional) los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común, que fallezca y el artículo 47 de la misma ley, modificado por el 13 de la ley 797 de 2003, expresa son beneficiarios *“los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993”*.

De acuerdo con esa última disposición, corresponde a la actora demostrar su estado de invalidez para acceder a la pensión, además su dependencia de la persona a quien pretende sustituir y aunque no se discute en este caso concreto lo relacionado con tal prestación, indicó que medicina laboral de Colpensiones le recomendó la valoración por neuropsicología para calificar la incapacidad, hecho que no se controvertió en el curso del proceso.

Por lo tanto, si dicha valoración se le exige por el médico laboral en el trámite administrativo que adelanta para, se reitera, obtener el reconocimiento de la sustitución pensional, la EPS demandada no podía negárselo porque en tal forma le impide obtener la calificación sobre su estado de invalidez y en consecuencia, acceder a aquella prestación que constituye a la vez un medio para garantizarle sus derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social y al mínimo vital.

De esa manera las cosas, la EPS S.O.S., como entidad promotora de salud a la cual se encuentra afiliada la demandante, en calidad de beneficiaria, debe disponer la realización de la valoración reclamada, teniendo en

¹ Ver folio 20, cuaderno No. 1

cuenta además que la demandante es sujeto de especial protección constitucional, en razón a la enfermedad que padece, pues como ya se indicara se le diagnosticó depresión mayor y múltiples duelos; además porque carece de medios económicos para asumir el costo del examen, ya que no trabaja y no tiene bien alguno que le permita subsistir por sus propios medios.

En consecuencia, la tutela ha debido ser concedida para evitar que la que la falta de la referida valoración especializada se constituya en obstáculo para que la demandante acceda a la sustitución pensional, que de serle reconocida, garantizará sus derechos atrás mencionados.

3.- Sin embargo, la aspiración de la actora se encuentra en la actualidad satisfecha como lo manifestó en la declaración rendida en esta sede, hecho que justifica dar aplicación al artículo 26 del Decreto 2591 de 1991, según el cual: *"Cesación de la actuación impugnada. Si estando en curso la tutela, se dictare resolución administrativa o judicial, que revoque, detenga o suspenda la actuación impugnada, se declarará fundada la solicitud únicamente para efectos de indemnización y costas, si fueren procedentes..."*.

Sobre el tema ha dicho la Corte Constitucional:

"La Corte Constitucional en forma reiterada ha señalado que el propósito y alcance del artículo 86 de la Constitución Política, ha sido señalar que la tutela se limita a la protección inmediata y actual de los derechos fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente consagrados en la ley.

"Igualmente, esta Corporación ha hecho referencia a la *"carencia actual de objeto"*, fundamentado ya en la existencia de un *hecho superado*², o ya en un *daño consumado*³.

"La carencia actual de objeto por *hecho superado* se presenta cuando lo que se pretende al interponer la acción de tutela es una orden de actuar o dejar de hacer y, previamente al pronunciamiento del juez de tutela, sobrevienen hechos que demuestran que la vulneración a los derechos fundamentales ha cesado. En este evento, la Corte considera que el reclamo ha sido satisfecho, y, en consecuencia, la tutela pierde eficacia y razón, al extinguirse su objeto jurídico resultando inocua cualquier orden judicial. Toda vez que *"la posible orden que impartiera el juez caería en el vacío"*⁴.

"Por lo anterior, cuando la situación de hecho que origina la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada, la acción de tutela deja de ser el mecanismo apropiado y expedito de

² Sentencia T-519 de 1992.

³ Sentencias C-540 de 2007 y T-218 de 2008.

⁴ Sentencia T-612 de 2009.

protección judicial, pues la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua, y, por lo tanto, contraria al objetivo constitucionalmente previsto para dicha acción...”⁵.

4.- En consecuencia, se confirmará el fallo que se revisa, en cuanto concedió la tutela solicitada y ordenó la práctica de la valoración especializada reclamada por la accionante, pero se declarará superado el hecho.

5.- Para la Sala no tienen acogida los argumentos de la entidad impugnante por los motivos que aquí se han expuesto. Además, porque la consulta especializada estaba incluida dentro de los procedimientos POS, en el artículo 15 del Acuerdo 029 de 2011, en el artículo 15 que decía: *“ACCESO A SERVICIOS ESPECIALIZADOS DE SALUD. Para acceder a los servicios especializados de salud es indispensable la remisión por medicina general u odontología general conforme al Sistema de Referencia y Contrarreferencia definido por la Entidad Promotora de Salud y por las normas de calidad vigentes...”* y actualmente por la Resolución 005521 de 2013 que la modificó y que en la parte pertinente del artículo 12, dice: *“El POS cubre la atención de todas las especialidades médico quirúrgicas aprobadas para su prestación en el país, incluida la medicina familiar.- Para acceder a los servicios especializados de salud es indispensable la remisión por medicina general...”*; de otro lado esa clase de valoración tampoco hace parte de las exclusiones que enlistan los artículos 129 y 130 del último acuerdo citado y aunque para acceder a servicios especializados se requiere previamente la remisión por médico general, en el caso concreto no alegó la entidad demandada que hecho como ese no se hubiese producido.

No sobra anotar que una cosa planteó la entidad impugnante al ejercer su derecho de defensa y otra al sustentar el recurso. Sin embargo, en ambas oportunidades solicitó se le facultara ejercer la acción de recobro ante el FOSYGA para cumplir la sentencia respecto a los procedimientos no POS, aspecto este último que tampoco resultaría procedente de considerarse que en realidad la valoración ordenada no hace parte de ese plan de beneficios.

En efecto, la sentencia T-760 de 2008 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 autorizar el servicio médico no cubierto por el POS ni 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 2011⁶, dijo la misma Corporación:

⁵ Sentencia T-199 de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶ Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

“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 efecto⁷.

“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...”.

En conclusión, no es necesario que el juez de tutela emita un pronunciamiento en relación con la facultad que tienen las entidades prestadoras de servicios 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.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR, por las razones aquí expuestas, la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto de Familia de Pereira, el 5 de diciembre de 2013, en la acción de tutela promovida por la señora María Durleydi Gómez Cardona contra la EPS Servicio Occidental de Salud S.O.S S.A de esta ciudad y la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, pero se declara la carencia actual de objeto.

⁷ Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

SEGUNDO.- Notifíquese esta decisión a las partes conforme lo previene el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO.- Como lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,

CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS

EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO