REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, diecinueve (19) de agosto de dos mil catorce (2014)

Acta de Aprobación No 487
Hora: 02:45 p.m.

1.- VISTOS

Desata la Sala por medio de este proveído la impugnación interpuesta por el representante de ASMET SALUD EPSS, contra el fallo proferido por el señor Juez Quinto Penal del Circuito de esta ciudad, con ocasión de la acción de tutela instaurada por EDILBERTO ANTONIO MÚNERA ROJAS como agente oficioso de su esposa **ROSA LILIANA AMÉZQUITA CANO**.

2.- DEMANDA

En la demanda de tutela el agente oficioso de la accionante manifestó que: (i) su cónyuge está afiliada al sistema general de seguridad social en salud a través de ASMET SALUD EPSS; (ii) su médico tratante le diagnosticó "hernia ventral sin obstrucción ni gangrena", para cuyo tratamiento el 08-04-14 le ordenó el procedimiento denominado "-malla especial para eventrorrafía por videolaparoscopia-"; (iii) ASMET SALUD el 13-05-14 autorizó la citada cirugía pero no por videolaparoscopia,; y (iv) cada día la condición de salud de su esposa se deteriora más y se encuentra postrada en cama.

Con fundamento en lo anterior invocó el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de su consorte; y en consecuencia pidió que se le ordenara a ASMET SALUD EPSS y al Hospital Universitario San Jorge de Pereira autorizar y realizar la intervención quirúrgica requerida.

3.- TRÁMITE Y FALLO

3.1.- Una vez admitida la tutela, el juez de primera instancia corrió traslado de la misma a ASMET SALUD EPSS y al Hospital Universitario San Jorge de Pereira. Así mismo, vinculó en forma oficiosa a la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda.

- La Secretaria de Salud Departamental de Risaralda expuso que si bien el procedimiento requerido por la tutelante fue autorizado por ASMET SALUD desde el 13-05-14 aún no se ha llevado a cabo en detrimento de la salud de la paciente, al parecer porque esa aseguradora no indicó el mecanismo mediante el cual debe realizarse.

Expresa que la EPS debe tener claro que su responsabilidad no termina con la expedición de una autorización, sino que debe velar por la prestación efectiva de la atención requerida por su afiliada, y por ello debe estar atenta para eliminar cualquier barrera que se presente en las instituciones que integran su red de IPS que constituya un obstáculo para su realización.

Solicita se ordene a ASMET SALUD EPSS y al Hospital Universitario San Jorge solucionar lo pertinente para brindarle la atención médica inmediata a la afectada, y en consecuencia desvincular al ente territorial que representa por cuanto lo solicitado se encuentra dentro del POS y corresponde a la EPS garantizarlo.

- La asesora jurídica del Hospital Universitario San Jorge de Pereira indicó que ASMET SALUD EPSS mediante orden de servicios 1342475 del 13-05-14 autorizó un procedimiento diferente al que le fue ordenado a la accionante, puesto que en la misma se consignó que se trata de "eventrorrafía con colocación de malla con abdomen abierto" y el prescrito por el médico tratante fue por "videolaparoscopia", razón por la cual no ha sido posible realizar la intervención.

Precisa que la entidad que representa es de carácter público, descentralizada del orden departamental, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, y tiene por objeto la prestación de los servicios de salud de tercer y cuarto nivel de complejidad dentro del área de influencia del departamento de Risaralda, en virtud de lo cual ha suscrito contratos de prestación de servicios con diferentes EPS del régimen subsidiado para la atención de los usuarios adscritos a éstas, y con el

Departamento de Risaralda para la atención de personas "vinculadas", población vulnerable y pobre.

Señala que esa institución en su condición de IPS no tiene beneficiarios en salud y por tanto no es la responsable de la prestación del servicio requerido, el cual legalmente corresponde garantizar a ASMET SALUD EPSS, y por tanto pide que se le dé la orden en ese sentido. Agrega que le han brindado a la paciente toda la atención que ha requerido de manera eficiente y diligente de acuerdo a las posibilidades tecnológicas, científicas, físicas y humanas, por lo que no ha vulnerado derecho fundamental alguno; y por tanto, solicita que se nieguen las pretensiones invocadas con relación a esa entidad.

- El representante de ASMET SALUD EPSS señaló que debido a que el servicio prescrito a la tutelante se encuentra excluido del POS, la autorización y entrega del mismo está a cargo del ente territorial, y al efecto indica el procedimiento a seguir de acuerdo a la normativa aplicable y los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el tópico.

Con fundamento en ello pide que esa entidad se desvincule del trámite tutelar, ya que no ha vulnerado derecho fundamental alguno en atención a que su actuación se ha enmarcado a las disposiciones legales vigentes, y le ha prestado a la tutelante todos los servicios de salud enlistados en el Plan Obligatorio de Salud.

En forma subsidiaria pide que de accederse a lo solicitado se ordene a la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda prestar los servicios no POSS requeridos por la accionante.

3.2.- Culminado el término constitucional el juzgado de instancia profirió fallo mediante el cual amparó el derecho fundamental a la salud de la señora **ROSA LILIANA AMÉZQUITA CANO**; y, en consecuencia, ordenó a ASMET SALUD EPSS que de manera inmediata expidiera la autorización para el procedimiento "eventrorrafía por videolaparoscopia con instalación de malla", y lo materializara en el término de 5 días calendario. De igual manera advirtió a dicha EPS que debe autorizar sin demoras los medicamentos y procedimientos que sean recetados por los galenos tratantes a la actora y tengan relación con la "hernia ventral" referida en la demanda de tutela.

4.- IMPUGNACIÓN

Dentro del término oportuno ASMET SALUD EPSS allegó memorial mediante el cual el Gerente Jurídico expuso su inconformidad con el fallo, y para ello argumentó que según lo establecido en la sentencia T-760/08 y en la Resolución 5334/08, los servicios no POS del régimen subsidiado están a cargo de los entes territoriales; por tanto, debe ser en este caso la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda la que autorice y expida la órdenes de apoyo de acuerdo con lo dispuesto por el médico tratante de la usuaria para el manejo de su patología, y en ese sentido pide que se revoque la determinación de primera instancia.

Adicionalmente sostiene que en caso de que se determine que debe ser la entidad que representa la que preste esos servicios no cubiertos por el POS para dar cumplimiento a la orden impartida en el fallo de tutela objeto de recurso, se declare el derecho a acceder al reembolso total de los mismos ante el Fosyga y/o la Secretaría de Salud Departamental, por cuanto la primera instancia omitió pronunciarse al respecto.

5.- POSICIÓN DE LA SALA

Se tiene competencia para decidir la impugnación incoada contra el fallo proferido por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de esta ciudad, de conformidad con las facultades conferidas en los artículos 86 y 116 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000.

5.1.- Problema jurídico planteado

De conformidad con lo expuesto en el escrito de impugnación, se debe determinar si la decisión adoptada por el juez de primer nivel se encuentra ajustada a derecho, en cuanto ordenó que fuera ASMET SALUD EPSS la que garantizara la prestación del servicio médico prescrito por el médico tratante a la señora **ROSA LILIANA** y omitió pronunciarse sobre el recobro de las atenciones no POS que daban brindársele para dar cumplimiento a esa orden.

5.2.- Solución a la controversia

La acción de tutela ha sido por excelencia el mecanismo más expedito en materia de protección de derechos fundamentales, gracias a ella el Estado

Colombiano logró optimizarlos y hacerlos valer a todas las personas sin discriminación alguna.

En el caso en estudio el juez de primera instancia luego del análisis previo consideró que por parte de ASMET SALUD EPSS se incurrió en la vulneración del derecho fundamental a la salud de la señora **AMÉZQUITA CANO**, puesto que si bien esa entidad había emitido una autorización para realizarle el procedimiento de "-eventorrafía con colocación de malla-" que le fue prescrito por su médico tratante, la orden fue dada para una cirugía con abdomen abierto y no por "videolaparoscopia" como lo indicó el galeno, pese a que dicha técnica al igual que el implemento que se requiere para su práctica se encuentran incluidas dentro del Plan Obligatorio de Salud.

El representante de ASMET SALUD allegó memorial en el que solicita sea la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda la que de manera directa autorice y brinde la atención que requiere la tutelante, por cuanto es su responsabilidad asumir los costos de las prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud de acuerdo con lo establecido jurisprudencialmente y lo consagrado en la normativa vigente. Subsidiariamente pidió que en caso de que se determine que es esa EPSS la que debe garantizar ese servicio, se le reconozca el derecho a ejercer el recobro, ya que por parte del juez de primer nivel se omitió pronunciarse al respecto.

Desde ahora advierte esta instancia que no le asiste razón a la entidad impugnante en sus argumentos, porque no pocas veces se ha expuesto que la Entidad Prestadora de Servicios de Salud (EPS) es la que cuenta con el engranaje pertinente para la atención de los afiliados y por ello les puede brindar un servicio más ágil y oportuno, todo lo cual hace totalmente reprochable la indiferencia mostrada por la EPSS frente a los graves quebrantos de salud que presenta la señora **ROSA LILIANA**, sometiéndola a una espera injusta e irresponsable que da al traste con su deber legal de suministrar servicios de salud, todo lo cual hace necesario que como medida preventiva se le obligue a garantizar la continuidad en el tratamiento de sus patologías, tal como lo estableció el fallador de instancia.

Aunado a ello y en contraposición a lo expuesto por el recurrente, lo que ha determinado la jurisprudencia constitucional, en especial la sentencia T-760/08, es precisamente que las EPS deben garantizar a sus afiliados los servicios estén o no dentro del POS, y no esperar que éstos acudan a la acción de tutela para

autorizar las atenciones médicas que requieren, puesto que para ello tienen a salvo los mecanismos legales para efectuar el respectivo recobro ante la Secretaría de Salud Departamental, según lo consagra la Resolución 5334/08.

No obstante, en el presente caso, como bien lo determinó el juez de primer nivel, el servicio requerido por la accionante se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud -anexo 2 Resolución 5521/13 código 1146 54.2.1-; y por tanto no cabe duda que es a dicha EPSS a la que legalmente le corresponde autorizarlo y garantizar su efectiva prestación.

En cuanto al hecho de que el juez de tutela no incluya en la sentencia esa orden de recobro, debe reiterar la Colegiatura, tal como se ha puesto de presente en múltiples ocasiones, que ello no significa que el valor de esos gastos deba ser asumido por la EPS, como quiera que para acceder al recobro basta con demostrar que la EPS no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a sufragarlos; en consecuencia, es potestativo que el fallador se pronuncie al respecto conforme lo tiene decantado la H. Corte Constitucional[1].

Sin embargo, como ya se indicó, la intervención quirúrgica requerida por la actora, cuya autorización y realización se ordenó a cargo de ASMET SALUD, se encuentra incluida dentro del Plan de Beneficios y con mayor razón no había lugar a que el funcionario de primer grado se pronunciara a ese respecto.

En consonancia con lo expuesto se confirmará la sentencia objeto de impugnación

6.- DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: SE CONFIRMA la sentencia de tutela objeto de este proferimiento.

---

[1] Por ejemplo, en el auto del 13-07-09, auto 067A del 15-04-10 y sentencia T-727-11.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

El Secretario ad-hoc de la Sala,

WILSON FREDY LÓPEZ