REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente
MANUEL YARZAGARAY BANDERA

SENTENCIA DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

Pereira, cuatro (04) de septiembre de dos mil catorce (2014)
Hora: 3:30 P.M.
Aprobado por Acta No. 529

Radicación	66001-31-09-002-2014-00062-03
Accionante:	Rosalba Leiva Abonce (Rep. Luis Fernando Leiva Abonce)
Accionado:	EPS Asmet salud y Otros
Procedencia:	Juzgado Segundo Penal del Circuito

ASUNTO

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación interpuesta por el Apoderado Judicial de la **EPS-S ASMET SALUD**, entidad accionada en el presente asunto, contra el fallo del 18 de julio de 2014, mediante el cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito concedió la tutela de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del menor **LUIS FERNANDO LEIVA ABONCE,** quien es representada oficiosamente por su madre **ROSALBA LEIVA ABONCE.**

ANTECEDENTES:

Relata la señora Rosalba que su hijo Luis Fernando sufrió un accidente el 27 de abril de 2014 en horas de la mañana, cuando se encontraba en el Batallón San Mateo; cuenta que al momento de abrir una puerta metálica, ésta se vino encima porque estaba desprendida y era muy pesada, la reacción del menor ante la

situación fue tratar de sostenerla. Fue llevado a la enfermería del batallón, pero no había médico de turno.

Posteriormente, en la Clínica Saludcoop, la Jefe manifestó que el paciente pertenecía a Asmet Salud y por ello debía iniciarse trámite para su remisión.

Al ser valorado se le ordenó un TAC, que fue realizado en la Clínica Comfamiliar y seguidamente fue remitido nuevamente a Saludcoop, a la sala de observación para adultos; allí fue valorado por el neurólogo quien dio un pronóstico de fractura inestable, y manifestó que requería de forma urgente una "cirugía de columna, sin pronóstico de recuperación postquirúrgico", intervención que tenía por objeto procurar estabilidad en la columna, esto es, ubicar nuevamente la columna vertebral en su lugar de origen.

Manifiesta la madre del menor que desde el día del accidente hasta el momento de acudir a la acción de tutela su hijo se encontraba en una camilla a la espera de una orden de Asmet Salud para la realización de la cirugía ordenada, a lo cual manifestó dicha EPS que se comunicaría con la Clínica Saludcoop para realizar el procedimiento y solicitar la orden para la cirugía.

Ante la necesidad de una solución, pues de la cirugía depende que su hijo tenga posibilidades de volver a caminar, y brindarle mejor calidad de vida; y en vista de los conceptos de los especialistas al decir que las primeras 72 horas eran fundamentales para la recuperación o empeoramiento de la lesión, interpuso acción de tutela, considerando vulnerados los derechos a la salud, igualdad, niñez y vida digna de su hijo, solicitando la protección de los mismos y en consecuencia le sea ordenado a ASMET SALUD el tratamiento integral que requiera su hijo para recuperarse de sus padecimientos. Además de lo anterior, solicitó como medida provisional ordenar de forma inmediata la realización de la cirugía que su hijo requiere antes de la causación de un perjuicio irremediable.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

- Inicialmente la tutela llego a conocimiento de esta Sala, sin

embargo al no encontrarse dirigida a una entidad del orden nacional se remitió por competencia a los Juzgados del Circuito, no obstante, dada urgencia del asunto, dentro de la misma decisión se ordenó como medida cautelar a la EPS Asmet Salud, autorizar de forma inmediata a Luis Fernando la cirugía de columna que requería, ello con las advertencias previas en la medida en que la negativa a cumplir la orden acarrearía la comisión del delito de fraude a resolución judicial, con las respectivas sanciones disciplinarias y penales.

- El conocimiento de la acción correspondió Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira, el cual avocó su conocimiento, vinculó al Batallón de Artillería No. 8 San Mateo de Pereira, corrió el traslado a las partes accionadas en la forma indicada en la ley y al efectuar el análisis de la situación fáctica planteada, en sentencia del 14 de mayo de 2014, decidió tutelar el derecho fundamental a la salud del menor Luis Fernando Leiva Abonce, como consecuencia de esto ordenó a Asmet Salud realizar el procedimiento quirúrgico de columna conforme a las prescripciones del médico tratante en un término de 24 horas; cubrir de forma integral las patologías y traumatismos no especificados de la médula espinal torácica padecidas por el menor hasta su completa recuperación; desvinculó de la acción al Batallón de Artillería Nro. 8 Batalla de San Mateo y a Saludcoop EPS; y exhortó a los directivos de la IPS Saludcoop para que aseguraran la prestación inmediata del procedimiento quirúrgico de Luis Fernando.

- El referido fallo fue susceptible del recurso de impugnación por parte del Gerente Jurídico de Asmet Salud ESS EPS-S, del cual conoció en segunda instancia esta Corporación y en la que tuvo como Magistrado Ponente al Dr. Jairo Ernesto Escobar Sanz, en esa instancia se decretó la nulidad del fallo por indebida conformación de la litis, ello por cuanto el juzgado de primera instancia no vinculó a la IPS Saludcoop y a la Secretaría de Salud Departamental, entidades directamente interesadas en el resultado del proceso, sin embargo dejó en vigencia la medida provisional del 30 de abril de 2014 proferida por este despacho, significando esto que la EPSS Asmet Salud conserva la obligación de prestar toda la atención médica que requiera el menor para atender su problema de salud.

- El Juzgado Segundo Penal del Circuito, en cumplimiento del fallo antecedidamente señalado vinculó a la IPS Saludcoop y a la Secretaría de Salud de Risaralda ordenando la notificación del auto admisorio de la demanda para que ejercieran su derecho a defensa.

- Una vez subsanada la causal de nulidad reseñada, el A quo consideró que se presentaba la figura del hecho superado por carencia actual de objeto, dado que las razones que motivaron la acción habían sido resueltas durante el trámite de la misma, consecutivamente tuteló los derechos fundamentales de Luis Fernando Leiva, ordenando a Asmet Salud ESS EPS-S brindar una cobertura integral para las patologías de la médula espinal torácica del menor, incluidos diagnóstico, medicamentos, procedimientos, citas con especialista, cirugías, tratamientos, hospitalizaciones, dispositivos médicos y todos los servicios necesarios para su completa recuperación; seguidamente desvinculó de la acción al Batallón de Artillería Nro. 8 Batalla de San Mateo, Saludcoop EPS y a la IPS Saludcoop, por no encontrarse obligadas a prestar la atención que en adelante requiera el menor.

IMPUGNACIÓN

El señor Wilman Arbey Moncayo Arcos, apoderado judicial de Asmet Salud ESS EPS-S impugnó la decisión de primera instancia, por cuanto el A quo guardó silencio respecto al cobro de lo no POS ante el FOSYGA, lo cual es un derecho que le asiste a dicha entidad.

Adicional a ello, manifiesta que Asmet Salud no se encontraba obligada legalmente a brindar los servicios de salud requeridos por la accionante, como erróneamente fue indicado por el Juez, y sobre todo dar una orden a dicha entidad sin aclarar el tema del recobro ante el FOSYGA.

Así las cosas, solicitó al despacho revocar el fallo de primera instancia, asignando la responsabilidad de brindar el apoyo ordenado por la médica tratante a la Secretaría Departamental de Salud, instando a dicha entidad a que expida las órdenes de apoyo de acuerdo a lo dispuesto por el médico tratante para el manejo de las patologías del

menor Luis Fernando, aclarando que Asmet Salud EPS no ha vulnerado los derechos fundamentales de la actora.

Subsidiariamente solicitó, que si es considerado por el Despacho, la responsabilidad de dicha entidad para brindar la atención requerida, se declare que dichos servicios no se encuentran incluidos en el POS y en consecuencia se autorice a reclamar el respectivo cobro al FOSYGA y/o Ente Territorial.

CONSIDERACIONES

Competencia:

La Colegiatura se encuentra funcionalmente habilitada para desatar la impugnación interpuesta de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 32 del Decreto Legislativo 2591 de 1991 y 1º del Decreto Reglamentario 1382 de 2000.

Problema jurídico planteado:

Compete a esta Corporación establecer si en el presente asunto le asiste razón a la EPS Asmet Salud en cuanto a que la entidad encargada de prestar los servicios que solicita la accionante es la Secretaría de Salud Departamental, o si al determinar que dicho deber radica en cabeza de la EPS, se debe hacer claridad sobre el derecho que le asiste a la misma de realizar el recobro de acuerdo a lo solicitado en la impugnación, o por el contrario debe confirmarse la decisión por hallarse que la misma se emitió acorde a las leyes que orientan el tema.

Solución

Conforme con lo preceptuado por el artículo 86 de la Carta Constitucional, toda persona está facultada para promover acción de tutela ante los jueces, en cualquier momento y lugar, bien directamente o a través de representante, para la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando estén siendo vulnerados o amenazados con la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o

con la conducta de algunos particulares en los casos expresamente previstos en la ley.

En el presente caso, la acción de tutela es interpuesta por la señora Rosalba Leiva Abonce, quien actúa en representación de su hijo Luis Fernando Leiva Abonce, situación que es necesaria dado que se trata de un menor de edad que padece delicadas condiciones de salud.

> *"La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante los poderes se presumirán auténticos.*
>
> *También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia acción. Cuando tal circunstancia ocurra deberá manifestarse en la solicitud..."*

Materia de decisión para esta Colegiatura, la constituye la pretensión de la entidad impugnante, en el sentido de que se revoque el fallo de primera instancia, por no ser esa la entidad encargada de dar cumplimiento a lo solicitado por la accionante, o en su defecto, si al realizar el estudio pertinente se encuentra la responsabilidad de dicha entidad para hacerlo, se realice la respectiva aclaración sobre la posibilidad que tiene la EPS de realizar el recobro ante el FOSYGA del 100% de los recursos destinados por esa entidad para dar cumplimiento a la orden de tratamiento integral dada.

El derecho a la salud está establecido en el artículo 49 de nuestra carta magna como un servicio público esencial, el cual puede ser prestado tanto por particulares como por el Estado, sin embargo, siempre será el Estado el encargado de garantizarle el acceso a este servicio a toda la población. Es por ello, que la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia[1] ha recalcado la autonomía de dicho derecho y ha indicado que su protección asegura el principio constitucional de la dignidad humana. Sin embargo, al momento de solicitar su protección vía tutela, es deber del Juez constitucional verificar el cumplimiento de ciertos requisitos ello por cuanto existe un límite razonable al ejercicio de este derecho:

[1]Ver Sentencias T-016 de 2007, T-760 de 2008. T- 360 de 2010 entre otras.

> *"Los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en el artículo 49 de la Carta Política suponen un límite razonable al derecho fundamental a la salud, haciendo que su protección mediante vía de tutela proceda en principio cuando: (i) esté amenazada la dignidad humana del peticionario; (ii)* ***el actor sea un sujeto de especial protección constitucional*** *y/o (iii) el solicitante quede en estado de indefensión ante su falta de capacidad económica para hacer valer su derecho."*[2] *Negrillas por fuera del texto original.*

Se puede vislumbrar que en el presente asunto la acción de tutela se torna en el mecanismo idóneo para la protección del derecho a la salud de Luis Fernando Leiva Abonce, pues como se ha podido establecer se trata de un menor de edad, aspecto que lo hace acreedor de una protección constitucional especial, tal como ha sido destacado por la Constitución Política y la Jurisprudencia, al reiterar que los derechos de los niños, niñas y adolescentes gozan de una prevalencia frente a los demás, dada su vulnerabilidad:

> "*La Corte Constitucional ha establecido que los niños y las niñas son sujetos de especial protección, explicando que su condición de debilidad no es una razón para restringir la capacidad de ejercer sus derechos sino para protegerlos, de forma tal que se promueva su dignidad. También ha afirmado que sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses. Por ello, la acción de tutela procede cuando se vislumbre su vulneración o amenaza y es deber del juez constitucional exigir su protección inmediata y prioritaria. Los menores de edad gozan de un régimen de protección especial en el que prevalecen sus derechos sobre los de los demás y que cualquier vulneración a su salud exige una actuación inmediata y prioritaria por parte del juez constitucional."*

Adicionalmente debe precisarse que la decisión del A quo de ordenar un tratamiento integral para el tratamiento de las patologías del adolescente es apenas pertinente y necesaria no sólo por ser imprescindible para su total recuperación sino por tratarse de un menor de edad, pues como se explicó anteriormente esta circunstancia obliga al Juez constitucional a garantizar de manera

[2]Corte Constitucional, Sentencias T-922 de 2009, T-760 de 2008, T-189 de 2010.

especial el respeto sus derechos fundamentales, esto sumado a la prevención de una necesidad futura de recurrir nuevamente a la tutela para conseguir la atención oportuna de la EPS; es por ello que dicha orden será convalidada.

Ante ese panorama, cabe resaltar que ha sido la Corte Constitucional la que de manera genérica ha establecido que el acceso a la salud debe ser eficiente, oportuno y de calidad, de tal suerte que si se niega uno solo de los componentes que permiten la recuperación del paciente, se le está afectando injustificadamente. Por ello es necesario imponer forzadamente esta atención, para evitar que se presente aquella vulneración, e impedir así una amenaza en sus derechos, acorde con lo previsto en el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991. Así lo ha expuesto el órgano de cierre constitucional:

> *"La jurisprudencia constitucional ha señalado que el principio de integralidad impone su prestación continua, la cual debe ser comprensiva de todos los servicios requeridos para recuperar la salud. La determinación y previsión de los servicios requeridos para la plena eficacia del derecho a la salud, como reiteradamente se ha señalado, no corresponde al usuario, sino al médico tratante adscrito a la EPS, de la siguiente manera:*
>
> *"La atención y tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud".*
>
> *"Así, la integralidad en la prestación del servicio de salud está encaminada a (i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología.*

> *"En consecuencia, una EPS vulnera el derecho fundamental a la salud de una persona cuando presta un servicio en salud fraccionado, dejando por fuera exámenes, medicamentos y demás procedimientos que la persona requiere para recuperarse, no autoriza el transporte medicalizado necesario para acceder al tratamiento o aminorar sus padecimientos, todos los cuales hayan sido prescritos por el médico tratante. No importa si algunos de los servicios en salud son POS y otros no lo son, pues "las entidades e instituciones de salud son solidarias entre sí, sin perjuicio de las reglas que indiquen quién debe asumir el costo y del reconocimiento de los servicios adicionales en que haya incurrido una entidad que garantizó la prestación del servicio de salud, pese a no corresponderle".*[3]

Adicionalmente, se encuentra que para la realización del tratamiento integral de la patología del menor pueden encontrarse ciertos servicios excluidos del POS, este tema ha sido abordado por la Corte Constitucional:

> *"La jurisprudencia ha aceptado que en ciertas circunstancias el derecho a la salud admite un mayor ámbito de protección, aún cuando exceda lo autorizado en los listados del POS y POS-S, como en los eventos en que aparezca algún factor que haga estimar la necesidad y/o el requerimiento del servicio médico para la prevención, conservación o superación de circunstancias que impliquen una amenaza o afectación del derecho a la salud."* [4]
>
> *"(…)a la EPS-S se le ha impuesto la obligación de acompañar al paciente y coordinar con las entidades públicas o privadas con las que el Estado tiene convenio para el efectivo suministro de los requerimientos excluidos del POS. En todo caso, y cuando la afectación del derecho a la salud exija medidas urgentes, la EPS-S, de manera excepcional, tiene el deber de garantizar el procedimiento requerido, manteniendo ésta la facultad de recobrar al Estado los gastos en que incurra por la prestación del servicio no POS. La exigencia a la EPS-S del suministro de los servicios de salud excluidos del POS que requiere sus afiliados, se deriva precisamente de la relación contractual que tiene con el paciente, la que implica que su recuperación se encuentra bajo su cuidado y su responsabilidad, más aún cuando se trata de un sujeto de*

[3] Sala Novena de Revisión, Sentencia T-022 de 18 de enero de 2011, MP. Luis Ernesto Vargas Silva.
[4] T 073 de 2013

> *especial protección constitucional, y también cuando en el caso de las personas afiliadas al régimen subsidiado, éstas se encuentran en condiciones de vulnerabilidad y pobreza."*[5]

En lo concerniente a que se indique en la decisión que se faculta a la EPS a efectuar recobro ante el FOSYGA por el suministro al paciente de aquello no POS que requiera para la atención de sus distintas patologías en cuantía del 100%, como se dijo precedidamente, sobre este tópico ha sido reiterada la Jurisprudencia de la Corte Constitucional[6] y los pronunciamientos de esta Colegiatura[7] en los cuales se ha dejado por sentado que el tema del recobro no es una situación que deba debatirse en el campo de la acción tutelar, por tener las entidades de salud los mecanismos y procedimientos para acceder al recobro de los dineros de manera directa y sin necesidad de una orden judicial que así lo declaren. Por esta razón no es posible acceder a la revocatoria ni a la adición del fallo adoptado en primera instancia, y por el contrario se mantendrá incólume la sentencia impugnada.

Finalmente, se observa que la Juez de conocimiento debió desvincular de la acción a la Secretaría de Salud Departamental, toda vez que se pudo establecer que el cumplimiento de la orden dada no corresponde a dicha entidad, por lo tanto la Sala procederá de oficio a realizar la respectiva desvinculación, sin que ello afecte la facultad de recobro de la EPS Asmet Salud ante esa entidad.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión de Tutelas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad conferida en al Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en el fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira, el 18 de julio de 2014, por medio del cual se protegieron los derechos a la salud y a la vida digna del adolescente **LUIS FERNANDO LEIVA ABONCE.**

---

[5] t-115-13
[6] Corte Constitucional Sentencia T-760 del 31 de Julio de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa
[7] Sentencia de tutela del 08 de Marzo de 2012. Accionante: Diego Fernando Arce, Accionados: Secretaria Departamental de Salud, Hospital Universitario San Jorge y CAFESALUD EPS-S

SEGUNDO: DESVINCULAR del presente asunto **a la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE RISARALDA**, conforme a la parte motiva de este proveído, esto sin que se vea afectada la facultad de recobro de la EPS Asmet Salud ante dicha entidad.

TERCERO: NOTIFICAR esta providencia a las partes por el medio más expedito posible y remitir la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ
Secretaria