RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

Libertad y Orden

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA

SALA DE DECISION PENAL
M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Pereira, nueve (9) de abril de dos mil quince (2015)
Aprobado por Acta No.164
Hora: 2:15 p.m.

1. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala resolver la impugnación presentada por la EPS-S CAFESALUD en contra del fallo de tutela emitido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía, Risaralda, a favor de la señora Rosalba Bedoya de Valencia.

2. SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Narró la señora María Bernarda Valencia Bedoya que su madre, la señora Rosalba Bedoya de Valencia, de 81 años de edad, se encuentra afiliada a la EPSS CAFESALUD en el régimen subsidiado nivel 2, quien según la historia clínica presenta demencia senil con incontinencia urinaria y fecal, para lo cual su médico tratante le ordenó pañales desechables, pañitos, crema humectante para prevenir sepsis urinaria e infecciones cutáneas y para su pérdida de peso le formuló el complemento nutricional Ensure, insumos que fueron negados por CAFESALUD por encontrarse excluidos del POSS. Por lo tanto, consideró vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, la vida digna y al mínimo vital.

Por lo anterior, la agente oficiosa de la señora Rosalba Bedoya de Valencia solicitó que se tutelaran los derechos fundamentales enunciados y en tal sentido, se ordenara a la EPSS CAFESALUD y a la Secretaría de Salud Departamental que entregaran a su madre los pañales desechables, pañitos, y crema humectante y el suplemento nutricional Ensure.

3. RESUMEN DE LAS RESPUESTAS DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

3.1. La Administradora de la Agencia EPSS CAFESALUD contestó a la demanda que los insumos solicitados se encuentran excluidos del plan obligatorio de salud y en consecuencia, debía negarse la tutela por ser improcedente debido a la falta de

legitimación en el extremo pasivo, ya que la obligación de brindar dichos servicios es de la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda.
Subsidiariamente, solicitó que de imponerse a la EPS la carga de asumir algún servicio no incluido en el POSS, precisara el alcance de la orden y autorizara el respectivo recobro ante la entidad territorial (folios 26 y 27).

3.2. La Secretaría de Salud de Departamental señaló que la señora Rosalba Bedoya de Valencia es una persona de especial protección por parte del Estado, quien requiere de varios servicios que se encuentran por fuera del POSS; por lo tanto si bien las EPS son las responsables de garantizar una atención integral a sus afiliados, también lo es que la familia de la representada como primera llamada a la solidaridad para contribuir con la comodidad e higiene de su pariente desvalido, debiendo proveer algunos insumos que demande su atención, mientras su adquisición no comprometa el mínimo vital, lo que debe ser verificado por las aseguradoras y no por esa departamental.

Por lo anterior, solicitó que se ordene a la aseguradora cumplir con lo establecido en la Resolución 5073 de 2013 y agotar efectivamente los procedimientos administrativos a su cargo para que de ser insustituibles, autorice lo requerido por la señora Rosalba Bedoya Valencia, no sin antes establecer si la familia de la representada carece de los recursos económicos para asumir el costo de los servicios pretendidos y de confirmar tal carencia, proceder al suministro conservando el derecho de recuperar lo invertido en su afiliado en servicios que legalmente no estén a su cargo. Igualmente, solicitó que se declare que la atención integral de la agenciada, es responsabilidad de la EPSS (folios 30 y 31).

4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de tutela del 12 de febrero de 2015, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía, Risaralda tuteló los derechos a la salud, mínimo vital y vida digna de Rosalba Bedoya Valencia; en consecuencia, se ordena a la Administradora de Agencia de CAFESALUD EPS, doctora Victoria Eugenia Aristizabal Marulanda o quien haga sus veces, que dentro del término de 48 horas proceda a autorizar y entregar los pañales desechables para adulto, los pañitos húmedos, la crema antipañalitis y el ENSURE, en la cantidad y periodicidad demandada por la paciente, en atención a la demencia no especificada, la rigidez articular y la dificultad para la ingesta que padece…" (folios 32 al 37).

5. IMPUGNACIÓN

La Administradora de Agencia de la EPSS CAFESALUD solicitó que se revocara el fallo de primera instancia por cuanto la conducta desplegada por la entidad ha sido legítima, ya que los insumos ordenados son objeto de expresa exclusión del POS. Subsidiariamente, solicitó que en caso de confirmarse el fallo de tutela, se adicione en el sentido de conceder la orden atinente al recobro (folios 42 y 43).

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

6.3.1. De conformidad con los argumentos de la impugnante, esta Corporación debe decidir si el fallo adoptado por el juez de primera instancia fue acorde a los preceptos legales en relación a la orden de suministrar los pañales desechables para adulto, los pañitos húmedos, la crema antipañalitis y el ENSURE a la señora Rosalba Bedoya de Valencia.

6.3.2. Revisadas las pruebas que obran dentro del proceso, esta Sala observa que la señora Rosalba Bedoya de Valencia es una mujer de 81 años de edad, quien según valoración médica, presenta un diagnóstico de demencia senil, incontinencias y desnutrición, con "*déficit cognitivo marcado desde hace 20 años quien desde hace 3 años está postrada en cama y requiere cuidados las 24 horas del día*", para lo cual le fueron ordenados los insumos pañales desechables para adulto, los pañitos húmedos, la crema antipañalitis y el ENSURE (folios 4 al 9), los cuales fueron negados por la EPSS CAFESALUD por encontrarse por fuera del listado del plan obligatorio de salud; motivo por el cual, la hija de la señor Bedoya de Valencia acudió al juez de amparo implorando la protección de los derechos fundamentales a la salud, vida digna y mínimo vital de su madre a fin de que interviniera para que la entidad prestadora de salud autorizara dichos servicios médicos.

6.3.3. El derecho a la salud tiene la connotación de fundamental, en este sentido, se reitera la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la que concluyó que este

es un derecho fundamental que debe ser respetado y protegido cuando se advierte algún tipo de amenaza o vulneración, así lo reiteró en la sentencia T-760 de 2008 donde dijo lo siguiente:

> "(…) *3.2.1.3. Así pues, considerando que son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo", la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, 'de manera autónoma', cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho."*

6.3.4. Según el artículo 49 de la Constitución Política, el Estado Colombiano tiene la obligación de garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. En este marco, la Corte ha hecho énfasis en que éstos deben ser prestados en condiciones de calidad, eficacia y oportunidad, referenciando de nuevo a la sentencia T-760 de 2008 la Corte manifestó: "t*odos los usuarios del Sistema de Salud tienen derecho a acceder a los servicio de salud que requieran con necesidad, estén o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud".*

El derecho constitucional de acceso a los "servicios que se requieran", tal y como se puntualizó, no depende que los mismos estén incluidos o no en un POS o si la entidad responsable cuenta o no con los mecanismos para prestarlos directamente, ya que si el sistema de seguridad social no garantiza los medios para otorgar un servicio necesario, ello constituye un obstáculo para el acceso a los mismos; y en tal medida se irrespeta el derecho a la salud, que se encuentra en conexidad con el derecho a la dignidad y a la vida en condiciones dignas.

6.3.5. Ahora bien, en el caso *sub examine* el análisis que debe hacer esta Sala con respecto a los derechos fundamentales reclamados por el agente oficioso de la señora Rosalba Bedoya de Valencia es mínimo, toda vez que las condiciones físicas que presenta la misma la hacen un sujeto de especial protección por parte del Estado y en tal sentido, la conclusión a la que se arriba es que se debe impedir cualquier barrera de orden legal o administrativo para que esta adulta mayor pueda acceder no sólo a los beneficios a los que la EPS CAFESALUD esté obligada a brindarle sino a aquellos que requiera con necesidad para llevar una vida más digna. Con respecto al derecho a la salud de las personas de la tercera edad, la Constitución Política señala expresamente en su artículo 13, el deber del Estado de implementar medidas encaminadas a garantizar la efectividad del derecho a la igualdad material y la Corte Constitucional ha considerado a las personas de la tercera edad como un grupo merecedor de una protección especial y reforzada,

teniendo en cuenta sus condiciones de debilidad manifiesta, las cuales se encuentran vinculadas a su avanzada edad. Al respecto, dicho Tribunal en la Sentencia T-180 de 2013 manifestó, lo siguiente:

> "*Los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y es por ello que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud.*
>
> *La atención en salud de personas de la tercera edad se hace relevante en el entendido en que es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón de las dolencias que son connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentran*[1].
>
> *En consecuencia, le corresponde al Estado garantizar los servicios de seguridad social integral, y por ende el servicio de salud a los adultos mayores, dada la condición de sujetos de especial protección, por lo tanto, la acción de tutela resulta el instrumento idóneo para materializar el derecho a la salud de dichas personas.*
>
> *Esta Corporación ha reiterado que el derecho a la vida no se limita a la existencia biológica de la persona, sino que se extiende a la posibilidad de recuperar y mejorar las condiciones de salud, cuando éstas afectan la calidad de vida del enfermo*[2]*. En ese sentido, la Sentencia T-760 de 2008*[3]*, expresa que en relación con las personas de la tercera edad, teniendo en cuenta las características especiales de este grupo poblacional, la protección del derecho fundamental a la salud adquiere una relevancia trascendental*." (Subrayas nuestras)

6.3.6. Alega el impugnante que los pañales desechables, los pañitos húmedos, la crema antipañalitis y el Ensure se encuentran por fuera del POSS y por ello, CAFESALUD no está obligada legalmente a autorizarlos a la usuaria representada. Con relación a los servicios no incluidos dentro del POSS, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha depurado los criterios de acceso a los mismos y ha dicho: *"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 (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) con necesidad 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."*[4] Verificadas las premisas acabadas de relacionar, el Tribunal

---

[1] Sentencia T-540 de 2002. MP. Clara Inés Vargas Hernández.
[2] Sentencia T-096 de 1999. MP. Alfredo Beltrán Sierra.
[3] Sentencia T-760 de 2008. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.
[4] Sentencia T-760 de 2008.

encuentra que están dados todos los presupuestos para inaplicar las normas que consagran el listado del plan obligatorio de salud, atendiendo el hecho que existe una orden médica que justifica la solicitud de los insumos prescritos a la señora Rosalba Bedoya, quien es una mujer que se encuentra afilada al régimen de salud subsidiado, además de su condición de sujeto de especial protección y que requiere con necesidad los pañales desechables, los pañitos húmedos, la crema antipañalitis y el Ensure con el fin de llevar una vida más digna.

6.3.7. En lo que tiene que ver con la petición subsidiaria de la impugnante, que hace relación al derecho que le asiste a su representada a la facultad de recobro frente al FOSYGA, por aquellos servicios contemplados en el fallo objeto de recurso, es necesario establecer que la Corte Constitucional[5] y esta Sala de decisión[6] han abordado el tema, concluyendo que el recobro no es una situación que deba debatirse a través del mecanismo excepcional de tutela, ya que las entidades de salud cuentan con los mecanismos y procedimientos idóneos para acceder al reembolso de los dineros de manera directa, sin que medie orden judicial que así lo declare. En relación a este tema, la Corte Constitucional en sentencia T-760-08 manifestó:

> *"..(ii) no se podrá establecer que en la parte resolutiva del fallo de tutela se debe autorizar el recobro ante el Fosyga* ***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. La EPS debe acatar oportunamente la orden de autorizar el servicio de salud no cubierto por el POS y bastará con que en efecto el administrador del 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;"*

Por lo anterior, esta Sala confirmará el fallo proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía, Risaralda, de conformidad con las consideraciones desarrolladas.

DECISIÓN

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.

RESUELVE

---

[5] Corte Constitucional Sentencia T-760 de 2008 - Auto 067A del 15-04-10 - Sentencia T-727 de 27-09-11.

[6] 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. MP. Manuel Yersagaray Bandera.

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia del 12 de febrero de 2015 proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía, Risaralda, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora María Bernarda Valencia Bedoya, agente oficiosa de su madre, la señora Rosalba Bedoya de Valencia en contra de la EPSS CAFESALUD y la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda.

SEGUNDO: **NOTIFICAR** esta providencia a las partes por el medio más expedito posible, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y **REMITIR** la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión con base en lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ
Secretaria