El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 03 de agosto de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Confirma amparo

Radicación Nro. : 661703104001-2017-00080-01

Accionante: MARÍA DEL CARMEN RUIZ DE GAITÁN

Accionado: EPS ASMET SALUD Y OTRO

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: DERECHOS A LA VIDA Y A LA SALUD / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / TRATAMIENTO INTEGRAL DE LA ENFERMEDAD.** [E]s indiscutible que ya hay una enfermedad de base, que al ser crónica requiere de un tratamiento indefinido y constante, y dentro del cual pueden haber insumos, procedimientos y medicamentos que se encuentren por fuera del POS aparte del que fue objeto de esta tutela, y por tanto, es deber de la accionada gestionar los trámites pertinentes para que se le garantice la prestación efectiva de cada uno de los servicios que le sean prescritos por sus médicos tratantes para su efectiva recuperación, lo cual evitará que en el futuro, deba recurrir nuevamente a la tutela para conseguir la atención oportuna de la EPSS. Ahora bien, en lo concerniente a que se indique en la decisión que se faculta a Asmet Salud EPS para efectuar el recobro por el suministro de los recursos destinados por esa entidad para dar cumplimiento a las órdenes de tutela que se le dieran en este asunto, se advertirá a partir de este momento que la decisión de primer nivel será convalidada, ello por cuanto esta Corporación ya ha trazado una postura respecto al tema de los recobros que se realizan por parte de la entidad promotora de salud ante los entes territoriales o el Fosyga, según sea el caso, cuando para garantizar las condiciones de salud de sus usuarios se requiera hacer uso de medicamentos o tratamientos y otros, que se encuentren excluidos del plan de beneficios en salud.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA**

Aprobado por Acta No. 782 del 03 de agosto de 2017. H: 3:55 p.m.

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | 661703104001-2017-00080-01 |
| **Accionante:** | Personería Municipal de Dosquebradas, agenciando los  derechos de María del Carmen Ruiz de Gaitán |
| **Accionado:** | EPS Asmet Salud y Secretaría de Salud Departamental |
| **Procedencia:** | Juzgado Quinto Penal del Circuito |
| **Decisión:** | Confirma |

**ASUNTO:**

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación interpuesta por el Gerente Jurídico de la EPS-S ASMET SALUD, contra el fallo proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas el 16 de junio de 2017, mediante el cual resolvió conceder la protección de los derechos fundamentales a la vida y a la salud de la señora María del Carmen Ruiz de Gaitán.

**ANTECEDENTES:**

El Personero Municipal de Dosquebradas William Esteban Obando Osorio, actuando en calidad de agente oficioso de la señora María del Carmen Ruiz de Gaitán, instauró acción de tutela en contra de la EPS Asmet Salud y la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, seguridad social, vida en condiciones dignas e integridad, con base en los hechos que se relacionan a continuación:

* La señora María del Carmen Ruiz de Gaitán, quien actualmente tiene 95 años de edad, se encuentra adscrita a la EPSS Asmet Salud. Es asistida por la señora Ruby Omaira Gaitán, quien acudió a esa Agencia del Ministerio Público en busca del amparo constitucional para su progenitora.
* Actualmente presenta el siguiente diagnóstico: *“ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRONICA, INFECCION DE VIAS URINARIAS, SITIO NO ESPECIFICADO E INCONTINENCIA URINARIA”.*
* Su médico tratante le prescribió desde el 4 de mayo de 2017 el uso de pañales, sin embargo, presentó la fórmula en la EPS para su respectiva autorización, la cual se le negó de forma verbal, bajo el argumento de que el suministro de pañales no se encuentra incluido en el plan obligatorio de salud.
* La señora María del Carmen es un adulto mayor, que no cuenta con ingresos suficientes para comprar los pañales que requiere, incapacidad económica que se puede presumir por encontrarse afiliada al régimen subsidiado de salud.

Refiere el accionante que lo que busca con la presente acción es que la vida de su representada sea más digna, toda vez que para aquellos pacientes que no pueden valerse por sí mismos para la realización de sus necesidades fisiológicas, la negativa del suministro de pañales desechables y demás insumos para su adecuado aseo, implica someterlas a un trato indigno y humillante.

**LO QUE SOLICITA:**

En vista de lo anterior, solicitó que se ordene a la EPS Asmet Salud garantizar para la señora María del Carmen Ruiz de Gaitán el suministro de *“PAÑALES TALLA L TENA SLEEP, 4 para cada día, 120 para el mes, 360 para 3 meses”*. De igual forma solicitó que se le garantice la prestación del tratamiento médico integral y especializado que requiera, relacionado con sus patologías o las que sobrevengan de ellas, y el cubrimiento total de todos los servicios en salud.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas avocó el conocimiento de la actuación el 5 de junio de 2017 y ordenó la notificación y traslado a la EPS Asmet Salud y a la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda. Más adelante, al efectuar el estudio de la situación fáctica planteada, decidió mediante sentencia del 16 de junio de 2017:

*“PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental a la vida y a la salud, de la señora MARIA DEL CARMEN RUIZ DE GAITAN.*

*SEGUNDO: DECLARAR como hecho superado el suministro de los pañales, por las razones anotadas en la parte motiva de esta sentencia.*

*TERCERO: Se ordena a la EPS-S ASMET SALUD que brinde el TRATAMIENTO INTEGRAL que en adelante sea necesario para el tratamiento de la señora MARIA DEL CARMEN RUIZ DE GAITAN, y que se desprendan de la patología que padece y que motivó la presentación de esta acción Constitucional, aun cuando el servicio requerido no se encuentre incluido en el POSS.”*

La decisión de declarar un hecho superado en lo referente a los pañales, obedeció al informe presentado por la EPS en su respuesta, al indicar que el suministro de los mismos ya había sido autorizado.

Ahora, en lo concerniente a la protección de los derechos fundamentales de la señora María del Carmen, estableció la juez de primera instancia su pertinencia, tras observar en primer lugar que la titular de dichas prerrogativas es un adulto mayor, y por lo tanto un sujeto de especial protección constitucional; de allí que no resulte razonable que cada vez que se le ordene algún procedimiento, medicamento u examen que se encuentre excluido del plan obligatorio de salud, y le sea negado por parte de la EPS, deba acudir a la Secretaría de Salud o a una acción de tutela.

**IMPUGNACIÓN:**

El Gerente Jurídico de Asmet Salud EPSS presentó escrito en donde manifestó su inconformidad con lo decidido por el Juez de primer grado, básicamente porque en tal decisión se le negó la posibilidad de realizar el recobro ante el Fosyga o el Ente Territorial por los servicios en salud no Pos que se le practiquen al accionante, con lo que al obligarla a asumir dichos gastos, se le generaría a la entidad un detrimento patrimonial.

Refirió que la facultad de ejercer el recobro es un derecho que tienen todas las EPS del régimen subsidiado, toda vez que los dineros que éstas administran son de destinación específica, es decir que sólo se dirigen a los servicios establecidos en el Pos, de modo que a quien le corresponde garantizar el suministro de los demás servicios es el ente territorial a través de ese mecanismo de recobro, de acuerdo con las normas vigentes.

Además, expuso que si no se siguen las instrucciones que para los casos de servicios en salud no Pos se han establecido, implicaría sanciones para los entes territoriales y las IPS por parte de las entidades estatales encargadas de ejercer vigilancia, inspección y control del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Por otra parte, manifestó su inconformidad en cuanto a la orden de atención integral en salud para la señora María del Carmen que se le dio, pues la finalidad de la acción de tutela es la de garantizar derechos reales y ciertos, no futuros e inciertos, por lo tanto, tal decisión atenta contra el principio de universalidad, sin tener en cuenta que la EPS no le ha negado los servicios a la accionante, de modo que condenarlos a brindar un tratamiento integral sería prejuzgar hechos que no han ocurrido.

Por lo anterior, solicitó que se declare improcedente el tratamiento integral concedido a la señora María del Carmen, pues a su criterio no existe una razón objetiva, fundada y claramente establecida de la que se pueda inferir que la EPS sigue vulnerando sus derechos fundamentales.

Así mismo, se modifique la decisión en el sentido de reconocer su derecho a recobrar en un 100% ante la entidad territorial de salud de Risaralda por los gastos que impliquen el cumplimiento a lo ordenado en el fallo de tutela.

**CONSIDERACIONES:**

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

Compete a esta Corporación establecer si en el presente asunto le asiste razón a la EPS en cuanto a que lo ordenado por la Juez de primer grado no se encuentra ajustado a derecho y a las normas que en materia de salud rigen y por tanto se debe o revocar la decisión o autorizar el recobro de acuerdo a lo solicitado en la impugnación.

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.

El artículo 49 de nuestra Carta Magna, ha establecido el derecho a la salud como un servicio público esencial el cual puede ser prestado tanto por particulares como por el Estado, sin embargo, siempre será este último el encargado de garantizarle el acceso a este servicio a toda la población. Es por ello, que la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia 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:

“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.”[[1]](#footnote-1)

En ese orden de ideas, se debe tener claro que nuestra Máxima Guardiana Constitucional reconoce como sujetos de especial protección a los niños y niñas, a los sujetos en condiciones de vulnerabilidad, a las personas en situación de discapacidad y a las personas de la tercera edad, con base en ello, se puede ver que en el presente asunto la acción de tutela deviene en procedente y se torna en un mecanismo idóneo para la protección del derecho a la salud de la señora María del Carmen Ruiz de Gaitán, ya que dadas sus condiciones socioeconómicas y su avanzada edad, se encuentra en un estado de indefensión frente a la administración.

Se debe recordar 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”.[[2]](#footnote-2)*

Sobre la protección del principio de integralidad en las decisiones de tutela, el Máximo Tribunal constitucional ha precisado[[3]](#footnote-3):

*“16.- Sobre este extremo, la Corte ha enfatizado el papel que desempeña el principio de integridad o de integralidad y ha destacado, especialmente, la forma como este principio ha sido delineado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del mismo modo que por las regulaciones en materia de salud y por la jurisprudencia constitucional colombiana. En concordancia con ello, la Corte Constitucional ha manifestado en múltiples ocasiones que* ***la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la paciente****[[4]](#footnote-4).*

*17.- El principio de integralidad es así uno de los criterios aplicados por la Corte Constitucional para decidir sobre asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad con él, las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud - SGSSS - deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento[[5]](#footnote-5).*

*A propósito de lo expresado, se distinguen dos perspectivas desde las cuales la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de integridad de la garantía del derecho a la salud. Una, relativa a la integralidad del concepto mismo de salud, que llama la atención sobre las distintas dimensiones que proyectan las necesidades de las personas en materia de salud, valga decir, requerimientos de orden preventivo, educativo, informativo, fisiológico, psicológico, emocional, social, para nombrar sólo algunos aspectos.[[6]](#footnote-6)* ***La otra perspectiva, se encamina a destacar la necesidad de proteger el derecho constitucional a la salud de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas de modo efectivo. Esto es, el compendio de prestaciones orientadas a asegurar que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación de enfermedad particular de un(a) paciente.***

*18.- De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, es posible concluir, entonces, 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. El principio de integridad puede definirse en general como la obligación, en cabeza de las autoridades que prestan el servicio de salud en Colombia, de suministrar los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, seguimiento de los tratamientos iniciados y demás requerimientos que los médicos consideren 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 en los términos expuestos con antelación.”*

Con base en lo anterior, debe aclararse que en principio la integralidad debe ser garantizada por las empresas promotoras de salud en cabeza del Estado a todos sus afiliados, pues es su deber velar porque se brinde cada uno de los servicios en salud que requieran los mismos, tales como el suministro de medicamentos, exámenes de diagnóstico, el seguimiento de los tratamientos para las diferentes patologías, entre otros, es pues la garantía mínima que se debe preservar allí.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con la segunda faceta, sucede cuando se encuentra la imperiosa necesidad de que el Juez de tutela intervenga para amparar el derecho fundamental a la salud, en los casos en que el titular del derecho fundamental se encuentra padeciendo una patología específica y determinada que conlleve a la ineludible protección integral en todo aquello que se requiera para sobrellevar esa enfermedad

En el caso concreto, verificada la información obrante en el expediente, encuentra esta Corporación que la señora María del Carmen Ruiz de Gaitán presenta diversos diagnósticos clínicos, como se puede observar en los folios 9 a 13 del expediente, relacionados como *“ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRONICA, INFECCION DE VIAS URINARIAS, SITIO NO ESPECIFICADO E INCONTINENCIA URINARIA”*; en ese sentido, es indiscutible que ya hay una enfermedad de base, que al ser crónica requiere de un tratamiento indefinido y constante, y dentro del cual pueden haber insumos, procedimientos y medicamentos que se encuentren por fuera del POS aparte del que fue objeto de esta tutela, y por tanto, es deber de la accionada gestionar los trámites pertinentes para que se le garantice la prestación efectiva de cada uno de los servicios que le sean prescritos por sus médicos tratantes para su efectiva recuperación, lo cual evitará que en el futuro, deba recurrir nuevamente a la tutela para conseguir la atención oportuna de la EPSS.

Ahora bien, en lo concerniente a que se indique en la decisión que se faculta a Asmet Salud EPS para efectuar el recobro por el suministro de los recursos destinados por esa entidad para dar cumplimiento a las órdenes de tutela que se le dieran en este asunto, se advertirá a partir de este momento que la decisión de primer nivel será convalidada, ello por cuanto esta Corporación ya ha trazado una postura respecto al tema de los recobros que se realizan por parte de la entidad promotora de salud ante los entes territoriales o el Fosyga, según sea el caso, cuando para garantizar las condiciones de salud de sus usuarios se requiera hacer uso de medicamentos o tratamientos y otros, que se encuentren excluidos del plan de beneficios en salud.

De este modo, como bien se ha puesto en conocimiento de la recurrente en múltiples oportunidades, según la postura asumida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional[[7]](#footnote-7), que además ha sido acogida en los pronunciamientos de esta Colegiatura[[8]](#footnote-8) de los últimos años, se ha dejado por sentado que el tema del recobro no es una situación que deba debatirse en el campo de la acción tutelar, toda vez que esas entidades cuentan con los mecanismos y procedimientos idóneos para acceder al recobro de los dineros de manera directa y sin necesidad de una orden judicial que así lo declare, para lo cual es suficiente con demostrar la prestación de un servicio de salud que escapa de los que legalmente se encuentran obligadas a asumir. 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.

Es suficiente lo dicho hasta ahora para concluir que esta Colegiatura comparte la postura esgrimida por la Juez de primera instancia, y por lo tanto, la decisión evaluada se habrá de confirmar en su totalidad.

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 la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas, el 16 de junio del presente año, conforme a lo manifestado en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: 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

1. Corte Constitucional, Sentencias T-760 de 2008, T-922 de 2009 y T-189 de 2010, entre otras. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sala Novena de Revisión, Sentencia T-022 de 18 de enero de 2011, MP. Luis Ernesto Vargas Silva. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia T-576/08 [↑](#footnote-ref-3)
4. Consultar Sentencia T-518 de 2006 [↑](#footnote-ref-4)
5. Esta posición jurisprudencial ha sido reiterada en diferentes fallos, dentro de los cuales pueden señalarse a manera de ejemplo los siguientes: T-830 de 2006, T-136 de 2004, T-319 de 2003, T-133 de 2001, T-122 de 2001 y T-079 de 2000. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sobre el particular se puede consultar las sentencias T-926 de 1999, T-307 de 2007 y T-016 de 2007, entre otras. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Constitucional Sentencia T-760 del 31 de Julio de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa [↑](#footnote-ref-7)
8. 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; sentencia de tutela del 22 de abril de 2013, accionante: Carmen Celina Gutiérrez, accionada: Nueva EPS, ente otras. [↑](#footnote-ref-8)