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 abril de 2018

Radicación Nro. : 66001-31-03-005-2018-00035-01

Accionante: ROSA AMELIA LONDOÑO DE CARDONA, quien actúa como agente oficiosa de su madre MARÍA ARIAS DE LONDOÑO.

Accionado: NUEVA EPS -.

Proceso: Tutela

Magistrado Ponente: EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

**Temas: SALUD / ENTREGA DE ENSURE / ACCEDE / RECOBRO / ASPECTO ECONÓMICO EXTRAÑO A LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL / CONFIRMA -** De acuerdo con los documentos aportados con el escrito de tutela, se tiene que la demandante cuenta con 92 años de edad y padece como diagnóstico principal “DESNUTRICIÓN PROTEICO CALÓRICA SEVERA, NO ESPECIFICADA”, por lo que el galeno tratante le ordenó el suplemento nutricional “ENSURE ADVANCE POLVO 850 G / LATA”, (fl. 6).

La NUEVA EPS fundamenta el recurso en que el suplemento nutricional está fuera del PBS y tiene derecho a que se le permita realizar el recobro ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) por concepto del servicio médico ordenado.

Frente a dichos argumentos, es preciso señalar que, si bien es cierto las empresas promotoras de salud son responsables de brindar los servicios incluidos en el PBS, tratándose de prestaciones que no hacen parte de ese plan de beneficios, en ocasiones se ha ordenado su suministro, con fundamento en jurisprudencia de la Corte Constitucional que lo autoriza, cuando el sujeto que reclama el amparo sea uno de especial protección o cuando la prestación del servicio se requiera con carácter urgente. En este caso, dadas las concretas circunstancias de la accionante, es necesario que la EPS demandada asuma la carga de suministrar el medicamento que se dice está excluido del PBS, para garantizarle su derecho fundamental a la salud.

En este caso concreto, en el que la titular de la acción es sujeto de especial protección constitucional, no solo por su avanzada edad sino por la patología que la afecta, es la EPS demandada la encargada de brindar el medicamento ordenado por el médico tratante.

De las anteriores consideraciones se concluye que la NUEVA EPS, vulneró el derecho fundamental a la salud de la plurimencionada actora. Igualmente, afecta el principio de la prevalencia de derechos de un sujeto de especial protección constitucional, lo que conforme a la jurisprudencia citada, repugna al ordenamiento constitucional,

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

Sala de Decisión Civil Familia

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, tres (3) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Acta Nº 093 de 03-04-2018

Referencia: 66001-31-03-005-**2018-00035**-01

**I. ASUNTO**

Decide la Sala la impugnación formulada por la NUEVA EPS, frente a la sentencia del 8 de febrero de 2018, proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, en la acción de tutela interpuesta por la señora ROSA AMELIA LONDOÑO DE CARDONA, quien actúa como agente oficiosa de su madre MARÍA ARIAS DE LONDOÑO, contra la entidad opugnante.

**II. ANTECEDENTES**

1.La señora ROSA AMELIA LONDOÑO DE CARDONA, promovió el amparo constitucional al considerar que la NUEVA EPS, vulnera los derechos fundamentales de su madre MARÍA ARIAS DE LONDOÑO, a la salud y a la vida.

2. En síntesis, señaló como sustento de su reclamo lo siguiente:

2.1. El 29 de septiembre de 2017, en cita médica con el nutricionista Andrés Felipe Llano Loaiza, y a raíz de la desnutrición severa que sufre la señora MARÍA ARIAS DE LONDOÑO, le fue recetado el producto nutricional denominado “ENSURE ADVANCE POLVO 850 G / LATA”, el cual la NUEVA EPS se niega a autorizar.

2.2. Solicita se ordene a la NUEVA EPS autorizar el suministro del insumo denominado “ENSURE ADVANCE POLVO 850 G / LATA”, sin más demora.

3. Correspondió el conocimiento del asunto al Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, quien por auto del 26 de enero avocó su conocimiento y dispuso su notificación y traslado.

3.1. El apoderado judicial de la NUEVA EPS - Regional Eje Cafetero, reconoce que la señora MARÍA ARIAS DE LONDOÑO es su afiliada, afirma que no se le ha negado ningún servicio de salud, por lo que considera improcedente la petición de la accionante respecto a la autorización del suplemento nutricional “ENSURE ADVANCE POLVO 850 G / LATA”, solicitud que se encuentra radicada en su sistema; además, se le vienen brindando diferentes citas con especialistas con la finalidad de minimizar sus padecimientos. Recuerda que todo servicio en salud excluido del PBS, requiere para su aprobación, agotar el procedimiento legal que lo cobija, tal como lo establece la resolución No. 1328 de 2016, esto es, que sea aprobado y autorizado por la junta de profesionales de la IPS o en su defecto por el Ministerio de Salud. Solicita no conceder el amparo y su desvinculación por carencia total de objeto, pues presta oportuna y eficientemente el servicio de salud a la accionante; como petición subsidiaria se le faculte para obtener el recobro frente al FOSYGA por la totalidad de los valores que deba sufragar en cumplimiento del fallo de tutela. (fls. 12-15 cuaderno principal).

**III. EL FALLO IMPUGNADO**

Culminó la primera instancia con sentencia del 8 de febrero pasado que concedió el amparo invocado. Para decidir así expuso que por tratarse de una persona de la tercera edad, inmersa en un estado de salud con unas connotaciones tan cruciales, que al no suministrársele el suplemento nutricional ordenando por el médico tratante, repercute en que lleve un nivel de vida que va en contravía de los parámetros normales de una vida digna, por lo que ordenó su suministro. (fls. 17-20 ib.).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

La NUEVA EPS impugnó el fallo, por negársele la facultad de realizar el recobro ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) por concepto del servicio médico ordenado, el cual se encuentra excluido del POS ahora PBS, derecho que le asiste. Solicita se revoque el suministro del suplemento nutricional y adicionar el fallo para que “...*se otorgue EXPRESAMENTE LA FACULTAD a NUEVA EPS de recobrar ante el ADRES por la TOTALIDAD del valor 100% que debe asumir por la decisión impuesta*”. (fls. 24-26 ib.).

**V. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

1. Esta Corporación es competente para resolver la impugnación, toda vez que es el superior funcional de la autoridad judicial que profirió la sentencia de primera instancia.

2. Es suficientemente conocido que la acción de tutela es un instrumento procesal de trámite preferente y sumario, establecido por el artículo 86 de la Carta Política de 1991, con el objeto de que las personas, por sí mismas o a través de apoderado o agente oficioso, puedan reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados de violación por la acción u omisión de cualquiera autoridad pública, o de los particulares.

3. Por otra parte, el derecho a la salud ha atravesado un proceso de evolución a nivel jurisprudencial y legislativo, cuyo estado actual implica su categorización como derecho fundamental autónomo, que se explica por su estrecha relación con el principio de la dignidad humana, por su vínculo con las condiciones materiales de existencia y por su condición de garante de la integridad física de las personas. Esta nueva categorización fue consagrada por el legislador estatutario en la Ley 1751 de 2015, que dispone que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable, que implica el acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a todos los servicios, facilidades, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo.

4. La Ley 1751 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud, en su artículo 2°, señaló:

*“Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.*

*Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”*

**VI. DEL CASO CONCRETO**

1. Solicita la agente oficiosa de la señora MARÍA ARIAS DE LONDOÑO, se ordene a la entidad accionada, autorizar el suministro del suplemento nutricional “ENSURE ADVANCE POLVO 850 G / LATA”, sin más dilación.

2. La funcionaria judicial de primer grado, concedió el amparo reclamado y ordenó a la Entidad Promotora de Salud accionada el suministro del insumo solicitado, en la cantidad ordenada por el médico tratante, con sustento en que se cumplen los presupuestos señalados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para proteger el derecho a la salud de la accionante, pues se trata de un sujeto de especial protección, en atención a su avanzada edad y su delicado estado de salud.

3. La entidad promotora de salud impugnó el fallo, para solicitar su revocatoria en cuanto al suministro del suplemento nutricional y adicionarlo para que se otorgue la facultad de recobrar ante la ADRES por la totalidad del valor que deba asumir por la decisión impuesta.

4. Es del caso entonces analizar si fue acertada la decisión de la funcionaria de primera sede, que accedió a la solicitud elevada en el escrito por medio del cual se promovió la acción, tendiente a autorizar el suministro del suplemento nutricional “ENSURE ADVANCE POLVO 850 G / LATA”, prescrito por el médico tratante a la señora MARÍA ARIAS DE LONDOÑO; y negó la petición de la entidad accionada relacionada con que se le facultara para realizar el recobro por la totalidad de los valores que deba sufragar en cumplimiento del fallo de tutela.

5. De acuerdo con los documentos aportados con el escrito de tutela, se tiene que la demandante cuenta con 92 años de edad[[1]](#footnote-1) y padece como diagnóstico principal “DESNUTRICIÓN PROTEICO CALÓRICA SEVERA, NO ESPECIFICADA”, por lo que el galeno tratante le ordenó el suplemento nutricional “ENSURE ADVANCE POLVO 850 G / LATA”, (fl. 6).

6. La NUEVA EPS fundamenta el recurso en que el suplemento nutricional está fuera del PBS y tiene derecho a que se le permita realizar el recobro ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) por concepto del servicio médico ordenado.

7. Frente a dichos argumentos, es preciso señalar que, si bien es cierto las empresas promotoras de salud son responsables de brindar los servicios incluidos en el PBS, tratándose de prestaciones que no hacen parte de ese plan de beneficios, en ocasiones se ha ordenado su suministro, con fundamento en jurisprudencia de la Corte Constitucional que lo autoriza, cuando el sujeto que reclama el amparo sea uno de especial protección o cuando la prestación del servicio se requiera con carácter urgente.[[2]](#footnote-2) En este caso, dadas las concretas circunstancias de la accionante, es necesario que la EPS demandada asuma la carga de suministrar el medicamento que se dice está excluido del PBS, para garantizarle su derecho fundamental a la salud.

En este caso concreto, en el que la titular de la acción es sujeto de especial protección constitucional, no solo por su avanzada edad sino por la patología que la afecta, es la EPS demandada la encargada de brindar el medicamento ordenado por el médico tratante.

8. De las anteriores consideraciones se concluye que la NUEVA EPS, vulneró el derecho fundamental a la salud de la plurimencionada actora. Igualmente, afecta el principio de la prevalencia de derechos de un sujeto de especial protección constitucional, lo que conforme a la jurisprudencia citada, repugna al ordenamiento constitucional, pues como lo ha expresado reiteradamente la Corte Constitucional “*La prestación del servicio de salud debe efectuarse con el propósito de brindar una respuesta efectiva a las necesidades del usuario. Esto es, con la totalidad de tratamientos, medicamentos y procedimientos disponibles basados en criterios de razonabilidad, oportunidad y eficiencia. El cumplimiento de estos presupuestos es obligación del Estado y de las entidades prestadoras del servicio de la salud. No obstante, ante el incumplimiento de estos parámetros, es función del juez constitucional restablecer el derecho conculcado, en este caso para garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud y de cualquier otro derecho que se vea afectado por la acción u omisión de las entidades obligadas a prestar dicho servicio, en procura de los fines del Estado Social de Derecho.”[[3]](#footnote-3)*

9. Así las cosas, la funcionaria de primer grado acertó en tutelar los derechos fundamentales invocados por la señora MARÍA ARIAS DE LONDOÑO, para garantizar el suministro del suplemento nutricional “ENSURE ADVANCE POLVO 850 G / LATA”, ya que se cumplen los presupuestos señalados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional referenciada, para proteger el derecho a la salud de la accionante, pues se trata de un sujeto de especial protección, en atención a su avanzada edad y su precario estado de salud.

10. En relación con la orden de recobro solicitada por la EPS accionada, basta decir que la Corte Constitucional en su Sentencia T-760 de 2008, señaló, *“(ii) no se podrá establecer que en la parte resolutiva del fallo de tutela se autorice el recobro ante el Fosyga, o las entidades territoriales, como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir. Bastará con que en efecto se constate que la EPS 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 que el juez constitucional no debe hacer pronunciamiento alguno en relación con dicha facultad, al no ser un requisito necesario para obtener su reconocimiento, pues, si el suplemento nutricional ordenado se encuentra fuera del PBS, como se afirma, tendrá pleno derecho a su recobro frente al ente que administra los recursos del sistema general de seguridad social en salud, sin necesidad que se plasme dicha orden en el fallo de tutela para acceder a esa pretensión.

11. En armonía con las premisas expuestas en los acápites anteriores, se confirmará el fallo impugnado.

**VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO**: CONFIRMAR el falloproferido el 8 de febrero de 2018 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, en el trámite de la presente acción de tutela, interpuesta por la señora MARÍA ARIAS DE LONDOÑO, contra la NUEVA EPS.

**SEGUNDO**: NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes por el medio más expedito posible (Art. 5º. del Decreto 306 de 1992).

**TERCERO**:Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese,

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

1. Según fotocopia de su cédula de ciudadanía obrante a folio 4 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia T-1089 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil. [↑](#footnote-ref-2)
3. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-380 de 2015. [↑](#footnote-ref-3)