

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA

SALA DE DECISION PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Pereira, treinta (30) septiembre de dos mil once (2011)

Proyecto aprobado por Acta No. 656

Hora: 8:00 a.m.

1. ASUNTO A DECIDIR

1.1 Corresponde a la Sala resolver la impugnación interpuesta por la E.P.S.S. Cafesalud, contra el fallo del Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Pereira que tuteló los derechos invocados por el señor ANUAR DE JESÚS ZAPATA ROJAS.

2. ANTECEDENTES

2.1 El accionante en nombre propio, interpuso acción de tutela en contra de Cafesalud E.P.S.S. y de la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, por considerar vulnerado su derecho fundamental a la vida en conexidad con la salud y "el derecho que tienen los niños y niñas a ser protegidos de toda violación" (sic).

2.2 El supuesto fáctico de la demanda de tutela se sintetiza así:

- El señor ANUAR DE JESÚS ZAPATA ROJAS se encuentra afiliado a la E.P.S.S. Cafesalud hace más de 20 años.
- El médico tratante del actor le diagnosticó "CARDIOPATIA ISQUEMICA, ENFERMEDAD CORONARIA SEVERA DE UN VASO" (sic) y le practicó una "ANGIOPLASTIA MAS IMPLANTE DE STEN SOBRE ARTERIA CIRCUNFLEJA" (sic), requiriendo el uso de "CLOPIDOGREL" (sic), por cuanto presenta alto riesgo de presentar una "TROMBOSIS - REESTENNOSSIS INTRASTENT" (sic).
- El accionante se dirigió a la E.P.S.S. Cafesalud para que le autorizaran el medicamento denominado "CLOPIDOGREL X 75 MG - 84" (sic), pero días después se le informó que el Comité no aprobaba servicios que estuvieran excluidos del POSS, siendo direccionado a la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, sin embargo en esa entidad no le dieron solución alguna.

- El demandante es una persona de escasos recursos y no cuenta con los medios económicos para adquirir el fármaco de manera particular, por ello acude a la acción de tutela.
- El señor ZAPATA ROJAS acudió a todos los medios para que se le autorice el medicamento, pero no ha sido posible.
- La enfermedad que padece el señor ANUAR DE JESÚS ZAPATA ROJAS debe ser tratada sin retardos ni dilaciones injustificadas.
- El tutelante requiere con carácter urgente el suministro del fármaco ordenado, ya que corre riesgo de presentar una "TROMBOSIS - REESTENOSIS INTRASTENT" (sic).

2.3 Solicita que se ordene a las entidades accionadas que autoricen el suministro del medicamento formulado; ii) que se suministre la atención integral que requiere para el tratamiento de la enfermedad que padece.

2.4 Al escrito de tutela anexó los siguientes documentos: i) oficio expedido por la E.P.S.S. Cafesalud y dirigido a la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, a través del cual remiten al actor para que esa entidad asuma el servicio pretendido; ii) fórmula médica; iii) formato de solicitud y justificación médica para medicamentos no POS; iv) historia clínica; v) cédula de ciudadanía; y vi) carné de afiliación.

2.3 Mediante auto del 1 de agosto de 2011 la *a quo* admitió la demanda de acción de tutela, y corrió el respectivo traslado a las entidades accionadas.

3. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

3.1 SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE RISARALDA

3.1.1 La apoderada judicial del ente territorial dio respuesta al requerimiento del juzgado en los siguientes términos:

- La E.P.S.S. Cafesalud no ha autorizado el medicamento "CLOPIDOGREL", desconociendo las alternativas que tiene para garantizar la continuidad en el tratamiento del afiliado, sometiéndolo a trámites administrativos y/o judiciales para acceder a lo pretendido.
- Los artículos 3 y 13 del acuerdo 08 de 2009 hacen referencia al plan obligatorio de salud del régimen subsidiado.

- La Resolución 3099 de de 2008 modificada parcialmente por la Resolución 3754 de 2008, reglamenta los Comité Técnico Científicos y establece el procedimiento de recobro ante el Fosyga por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS.
- Las E.P.S. no pueden desentenderse de la atención de sus afiliados cuando eventualmente un servicio no se encuentra cubierto por el POS, ya que pueden efectuar la entrega del servicio y proceder a efectuar el recobro.
- Existen acciones a favor de los usuarios antes que sean sometidos a trámites administrativos y/o judiciales para obtener una prestación en materia de salud.
- En el presente caso se desconoce si la E.P.S.S. Cafesalud cumplió con el trámite ante el Comité Técnico Científico, a fin de analizar y autorizar la entrega del medicamento requerido por el accionante, seguido del recobro ante la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, pese a que el médico tratante cumplió con lo de su competencia.
- De conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional, el Comité Técnico Científico debe respetar el criterio del médico tratante.
- Las E.P.S. no pueden negar la entrega de un medicamento con la única justificación de que el Comité Técnico Científico no lo ha autorizado.

3.1.2 Solicita i) que se ordene a la E.P.S.S. Cafesalud agotar los procedimientos administrativos a su cargo para autorizar el servicio solicitado y darle continuidad al tratamiento requerido por el paciente, sin fraccionar la atención integral que está obligada a garantizar; ii) que se declare que la entidad territorial que representa no ha vulnerado derecho alguno al accionante, puesto que la llamada a garantizar su atención integral es la administradora del régimen subsidiado a la cual está afiliado.

3.2 E.P.S.S. CAFESALUD

La administradora de la agencia de la E.P.S.S. Cafesalud Dra. Victoria Eugenia Aristizabal Marulanda, al contestar la demanda de tutela enunció lo siguiente:

- El señor ANUAR DE JESÚS ZAPATA ROJAS, se encuentra afiliado al Régimen Subsidiado en Salud desde el 4/01/2002.
- El paciente presenta alto riesgo de trombosis – reentesis intrastend, por ello se ordenó el medicamento “clopidogrel x75 mg”, cuya autorización se encuentra a cargo de la Secretaría Departamental de Salud de Risaralda, toda vez que ese servicio no hace parte de los beneficios del POSS del régimen subsidiado, razón por lo cual el paciente se remitió al ente territorial, sin que ello equivalga a una negación en el servicio médico.

- Por disposición legal el cubrimiento de los servicios no incluidos en listado de beneficios del P.O.S.S., corresponde al ente territorial sea departamental, municipal, distrital, dependiendo de la complejidad del asunto, acudiendo para el efecto a sus Instituciones Prestadoras del Servicio.
- La autorización de aquellos servicios excluidos del POSS se encuentran a cargo del ente territorial, atendiendo su complejidad, a través de su red prestadora de servicios, de conformidad con lo reglado en el artículo 64 del Acuerdo 415 de 2009.
- La Secretaría de Salud Departamental a través de la circular Nro. 038-2010 puso en conocimiento de las E.P.S.S. el portafolio de servicios que prestan las IPS con las que contrata, y el modelo de atención para garantizar los servicios excluidos del plan de beneficios para los afiliados del régimen subsidiado.
- Resulta improcedente adelantar el procedimiento ante el Comité Técnico Científico ya que la obligación de garantizar el acceso a los servicios no POSS es la Secretaría de Salud Departamental.
- Solicita que el juzgado se abstenga de imponer sanción alguna a esa E.P.S.S., reconociendo a su representada el 100% de los gastos en que incurra en acatamiento de la sentencia.
- Hizo un análisis sobre las competencias asignadas por la ley a los diferentes entes territoriales.
- Finalmente enunció que la acción de tutela resulta improcedente para acceder al suministro del tratamiento integral, ya que estarían tutelando situaciones futuras e inciertas.

Solicita que se deniegue por improcedente la acción de tutela instaurada debido a la falta de legitimación en el extremo pasivo, ya que la obligación de brindar los servicios excluidos en el POS-S, corresponde a la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda.

En el evento de imponerse a la E.P.S.S. la carga de asumir algún servicio NO POS-S, se precise el alcance de la orden y se autorice el respectivo recobro, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, ante la respectiva entidad territorial, con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones del sector salud a la población pobre.

4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo del 16 de agosto de 2011², el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado, i) tuteló los derechos fundamentales del accionante; ii) ordenó a la E.P.S.S. Cafesalud que autorizara y suministrara el medicamento “clopidogrel x 75 mg” al señor ZAPATA ROJAS; iii) También dispuso a favor del actor el suministro del tratamiento integral con relación a la patología que padece, reconociendo a favor de la E.P.S.S. el respectivo recobro por los servicios suministrados.

La decisión fue impugnada por Cafesalud E.P.S.S.

5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

5.1 La apoderada judicial de la E.P.S.S. Cafesalud, impugnó el fallo de tutela con los siguientes argumentos:

- Resulta exagerada la integralidad concedida, toda vez que en la demanda no aparece prueba o indicio alguno que indique cuales servicios comprenderá tal tratamiento futuro.
- No consta en las diligencias que esa entidad haya negado servicios de salud deliberadamente y sin justificación alguna.
- En el evento en que se llegare a mantener la integridad, aquella debe circunscribirse al diagnóstico específico que motivo la tutela, pues la enfermedad que padece el usuario y el procedimiento tutelado deben estar expresamente citados en la parte resolutive para bien de la interpretación y un fallo concreto y claro.
- El suministro de aquellos servicios excluidos del POSS, por disposición legal corresponde al ente territorial del ámbito departamental, distrital o municipal, según sea la complejidad del asunto, a través de la red de Instituciones Prestadoras del Servicio.

5.2 Pide que i) se revoque totalmente el fallo proferido y que en su lugar se declare que la obligación de prestar los servicios no POSS corresponde al ente territorial; ii) que se revoque la integralidad del fallo y se especifique de manera concreta el servicio no POSS que deberá ser autorizado; y iii) que se modifique la orden relativa al recobro y se reconozca la misma por el 100% de los servicios contemplados en el fallo.

² Folio 32-46.
Página 5 de 9

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 sí 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

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 con lo referente a la orden del suministro del tratamiento integral a favor del señor ANUAR DE JESÚS ZAPATA ROJAS, y a la facultad de recobro otorgada a la E.P.S.S. Cafesalud.

6.4 Sobre el tratamiento integral

Como quiera que no basta con la sola autorización y el suministro del medicamento deprecado, para considerar atendida la enfermedad del accionante, debe procurarse por la prestación de los servicios médicos que con posterioridad requiera, derivados de su patología, por lo que es obligación de la entidad accionada brindar la atención integral necesaria, tal como fue ordenado, a efecto de lograr en lo posible restablecer el estado de salud del señor ANUAR DE JESÚS ZAPATA ROJAS.

Lo anterior porque en virtud de los principios de integralidad y continuidad que rigen la Seguridad Social, se impone la obligación de la prestación de los servicios en salud, a todos aquellos que se encuentran vinculados a través del Régimen de Seguridad Social en salud, quienes tienen derecho a recibir un servicio completo, de acuerdo con sus necesidades³. Por ello deberá la E.P.S.S. Cafesalud, brindar el tratamiento que requiera la usuaria, conforme lo tiene sentado la jurisprudencia:

³Sentencia T-136/04, T-20/06
Página 6 de 9

“La jurisprudencia de esta Corporación señala que este principio implica que la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud, 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. En tal dimensión, el tratamiento integral debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud. En consecuencia, la Corte ha considerado que la prestación de estos servicios comporta no sólo el deber de la atención puntual necesaria para el caso de la enfermedad, sino también la obligación de suministrar oportunamente los medios indispensables para recuperar y conservar la salud. En estas condiciones, por ejemplo, la Corporación ha amparado el derecho a la salud de las personas que solicitan el suministro de un medicamento que puede ser sólo para el alivio de su enfermedad, aunque no sea para derrotarla. Se concluye entonces que el alcance del servicio público de la seguridad social en salud es el suministro integral de los medios necesarios para su restablecimiento o recuperación, de acuerdo con las prescripciones médicas aconsejadas para el caso, ya conocidas, pronosticadas o previstas de manera específica, así como de las que surjan a lo largo del proceso.”⁴

El haberse dispuesto el tratamiento integral para el actor, contrario a lo deprecado por la E.P.S.S. Cafesalud, no es una presunción de violaciones futuras a derechos fundamentales por abarcar situaciones que no han tenido ocurrencia, sino una real y efectiva protección a las garantías constitucionales, razón por la cual éste deberá implementarse por la entidad accionada, como lo ha expresado la jurisprudencia en múltiples oportunidades⁵.

6.5 Respecto al recobro del tratamiento integral

Sobre este punto vale aclarar que, en el fallo de primera instancia no se ordenó textualmente el porcentaje de recobro a que tiene derecho la E.P.S.S. Cafesalud para dar en el cumplimiento a dicho proveído, en ese sentido esta Sala considera que atendiendo lo contemplado en el artículo 145 de la ley 1438 de 2011⁶, a través del cual se dispuso la

⁴Sentencia T-518 del 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵Sentencias T461/07, T-888/06, entre otras.

⁶Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias, en especial los párrafos de los artículos 171, 172, 175, 215 y 216 numeral 1 de la Ley 100 de 1993, el párrafo del artículo 30, el literal (c) del artículo 13, los literales (d) y (j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, el artículo 121 del Decreto-ley 2150 de 1995, el

derogación expresa del literal j del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007⁷, el recobro por todos aquellos servicios autorizados en los fallos de tutela y que se hallen expresamente excluidos del POSS, debe ser del 100% a cargo de la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda. En consecuencia se hace necesario adicionar el fallo en tal sentido.

La sumatoria de todas las consideraciones anteriores, permiten a esta Sala confirmar parcialmente la sentencia materia de impugnación.

7. DECISIÓN

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución.

FALLA

PRIMERO: SE CONFIRMA la sentencia de tutela proferida por el señor Juez Único Penal del Circuito Especializado de Pereira, mediante el cual se concedió la acción de amparo solicitada por el señor ANUAR DE JESÚS ZAPATA ROJAS, con relación al tratamiento integral.

SEGUNDO: SE ADICIONA el fallo en el sentido de que la E.P.S.S. Cafesalud queda facultada para que ejerza el recobro en un 100% frente a la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, en lo que respecta a todos aquellos servicios excluidos del

numeral 43.4.2 del artículo 43 y los numerales 44.1.7, 44.2.3 del artículo 44 de la Ley 715 de 2001, así como los artículos relacionados con salud de Ley 1066 de 2006.

7 Organización del Aseguramiento. Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.

Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS). Cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señala el reglamento. (...) literal J., En aquellos casos de enfermedad de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, las EPS llevarán a consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos. Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga. El Ministerio de la Protección Social reglamentará el presente artículo, dentro de los seis (6) meses posteriores a la entrada en vigencia de la presente ley. En todo caso, cuando el Fosyga haga el reconocimiento, el pago se hará sobre la base de las tarifas mínimas definidas por la Comisión de Regulación en Salud; **Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional C-463 de 2008, en el entendido de que la regla sobre el reembolso de la mitad de los costos no cubiertos, también se aplica, siempre que una EPS sea obligada mediante acción de tutela a suministrar medicamentos y demás servicios médicos o prestaciones de salud prescritos por el médico tratante, no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes legalmente vigentes.**

POS, que le sean suministrados al señor ZAPATA ROJAS como tratamiento integral para la patología que motivó el presente trámite.

TERCERO: Notifíquese la decisión a las partes en la forma prevista en el artículo 5° del Decreto 306 de 1992 y remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ
Magistrada

JAIRO ALBERTO LÓPEZ MORALES
Secretario