

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA -
RISARALDA

SALA DE DECISION PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Pereira, siete (7) julio de dos mil once (2011)

Proyecto aprobado por Acta No. 428

Hora: 4:00 p.m.

1. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala resolver lo pertinente en relación con la impugnación interpuesta por la Coordinadora Jurídica Regional Sur Occidente de la NUEVA E.P.S. S.A., contra el fallo mediante el cual el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad, tuteló los derechos invocados por la señora **MARIA GISNELY ALZATE DE ARTEAGA**, quien actúa en representación de su esposo **GABRIEL ARTEAGA MEJÍA**.

2. ANTECEDENTES

2.1 La señora **MARIA GISNELY ALZATE DE ARTEAGA**, interpuso acción de tutela en contra de la NUEVA E.P.S. S.A., por considerar vulnerados los derechos fundamentales de su cónyuge **GABRIEL ARTEAGA MEJÍA**, a la vida en condiciones dignas en conexidad con la dignidad humana, la salud y la seguridad social.

El supuesto fáctico de la demanda es el siguiente:

- El señor **GABRIEL ARTEAGA MEJÍA** se encuentra afiliado a la entidad accionada en calidad de cotizante.
- El día 11 de abril de 2011 el señor ARTEAGA MEJÍA fue valorado en el servicio de consulta externa especializada por el doctor Gustavo Cajiao Correa, quien le diagnosticó la enfermedad "ATEROSCLEROTICA DEL CORAZÓN, HIPERTENSION ARTERIAL Y ENFERMEDAD CORONARIA" (sic), razón por la cual ordenó la realización de una junta médica cardioquirúrgica, para definir el tratamiento médico a seguir.

- El día 14 de abril de 2011 fue realizada la valoración médica, en aquella oportunidad se determinó que al titular de los derechos se le debía practicar con carácter urgente el procedimiento denominado "ANGIOPLASTIA MAS STENT CORONARIO MEDICADO EN DA, CON SOPORTE DE ANESTESIOLOGIA CARDIOVASCULAR Y CIRUGÍA CARDIOVASCULAR EN PRIMERA INSTANCIA" (sic).
- La NUEVA E.P.S. informó que el servicio formulado se encuentra excluidos del plan de beneficios POS, por ello, los documentos debían permanecer en esa entidad para su estudio, y posteriormente, en el término de diez días, emitir una respuesta al respecto, sin tener en cuenta la grave enfermedad que padece el afiliado.
- En diferentes ocasiones ha solicitado a la E.P.S. tutelada la autorización y realización del procedimiento formulado, sin embargo, la entidad se ha negado a ejecutarlo, pese a que el señor ARTEAGA MEJÍA presentaba riesgo de muerte por su enfermedad y ser hipertenso.

2.2. Por lo anterior, solicitó como medida provisional al juez constitucional que se ordenara a la NUEVA EPS, la realización inmediata del procedimiento ordenado por el galeno tratante; asimismo, deprecó el suministro del tratamiento integral para la enfermedad que padece el señor ARTEAGA MARÍN, y la exoneración en el pago de cuotas moderadoras.

2.3 Al escrito de tutela se anexaron fotocopia de los siguientes documentos: órdenes médicas; historia clínica; formato de solicitud de procedimientos e insumos no POS; cané de afiliación; cédulas de ciudadanía.

2.4 Mediante auto del 19 de abril de 2011, el juez de instancia avocó el conocimiento de la acción de tutela y procedió a decretar la medida provisional deprecada.

2.5 La NUEVA E.P.S., dio respuesta a la demanda de tutela en los siguientes términos:¹

- El señor ARTEAGA MEJÍA se encuentra afiliado en esa entidad en calidad de cotizante. Con relación a la solicitud de autorizar y practicar el procedimiento quirúrgico pretendido, informa que el "STENT MEDICADO" se encuentra excluido del POS, situación que imposibilita legalmente a esa entidad a autorizarlo.
- En esa E.P.S. no se ha radicado la solicitud de suministro de servicio no POS, a fin de que el Comité Técnico de la entidad apruebe el servicio, de

¹ Folios, 17-25

conformidad con lo reglado en los artículos 6 y 7 de la Resolución 3099 de 2008, y en la Ley 122 de 2007.

- La presente acción de tutela fue presentada sin haber requerido previamente a la E.P.S. la autorización del insumo, y sin que la misma se hubiese negado a hacerlo.
- La acción interpuesta debe ser denegada a fin de que el actor radique de manera inmediata la solicitud ante el Comité Técnico, para que su solicitud sea estudiada y posteriormente autorizada.
- La jurisprudencia ha establecido una serie de requisitos para que a través de la acción de tutela se autoricen los servicios no POS.
- En aras de dar cumplimiento a la medida provisional ordenada, la entidad generó la autorización por concepto del insumo "STENT MEDICADO", en consecuencia, solicitó la facultad de recobro ante el Fosyga.
- La parte accionante no acreditó la incapacidad económica para asumir el valor de las cuotas moderadoras, la que está llamada a cancelar, máxime cuando sus ingresos son superiores a los cuatro millones de pesos.
- La enfermedad que padece el señor GABRIEL ARTEAGA MEJÍA no está exonerada del pago de cuotas moderadoras y/o copagos, ya que no ha sido catalogada como enfermedad ruinosa o catastrófica, tal como lo establece el artículo 17 de la resolución 5261.

Solicitó no conceder el amparo deprecado al haberse configurado un hecho superado, y se faculte a la NUEVA E.P.S. para hacer el recobro ante el Fosyga por aquellos gastos en que incurrió para dar cumplimiento a la medida provisional ordenada.

3- DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 03 de mayo de 2011², el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, (i) tuteló el amparo Constitucional a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social, invocados como vulnerados por la señora **MARIA GISNELY ALZATE DE ARTEAGA**, quien actúa en representación de su esposo **GABRIEL ARTEAGA MEJÍA**; (ii) declaró la carencia actual de objeto en cuanto al procedimiento formulado; (iv) en lo que atañe al recobro, ordenó la facultad de hacerlo únicamente por la mitad de los gastos en que haya incurrido la accionada en el suministro del procedimiento "ANGIOPLASTIA MAS STENT CORONARIO MEDICADO EN DA, CON SOPORTE DE ANESTESIOLOGIA CARDIOVASCULAR Y CIRUGÍA CARDIOVASCULAR EN PRIMERA INSTANCIA", en cuanto a los servicios no

² Folios 26-32

contemplados en el fallo, otorgó la potestad para recobrar por su totalidad de su costo, siempre y cuando no se promueva un incidente de desacato para lograr su prestación.

4. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

4.1 La Coordinadora Jurídica Regional Sur Occidente de la NUEVA EPS S.A. manifestó que la sentencia del a quo limita al 50% la facultad de recobro y que le asiste legalmente a la EPS el ciento por ciento (100%) del valor gastado en el servicio NO POS ordenado, decisión que es injusta por lo siguiente:

- El juez sanciona a la entidad que representa con el recobro del 50% aplicando una normatividad que fue declarada nula por el Consejo de Estado el 18 de junio de 2009, radicado 2004 00139 y 2004 00175 (acumulados) en esa oportunidad declaró la nulidad de la expresión "50% del..." incluida en el literal b) del artículo 19 de la Resolución 3797 de 2004 proferida por el Ministerio de la Protección Social, por la cual se reglamentan los Comités Técnicos Científicos y se establece el recobro ante el FOSYGA por los medicamentos no POS y fallos de tutela. En esa oportunidad consideró esa Sala que el Ministerio *"no era competente para expedir normas relacionadas con funciones administrativas de los recursos del FOSYGA, cuyo manejo está reservado al Cnsss de conformidad con lo dispuesto por el artículo 218 de la ley 100 de 1993"*. *Aclaró que si bien esta es una cuenta adscrita al Ministerio es administrada por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.*
- El alto tribunal concluyó que si bien es cierto la ley 1122 de 2007 declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-463 de 2008, en su artículo 14 dispuso algunos criterios para establecer el monto que deben pagar las EPS y el FOSYGA por el costo de los medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, esta norma fue expedida con posterioridad a la resolución acusada.
- La Ley 1438 de 2011 en su artículo 145 derogó los literales d y j del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.
- La sanción impuesta por el juzgado fallador a la NUEVA E.P.S., debería ser consecuencia de la falta de diligencia y oportunidad en el trámite de tales solicitudes de medicamentos o tratamientos no POSS. No obstante el Comité Técnico Científico no tuvo oportunidad para estudiar la viabilidad de la autorización del procedimiento objeto de la acción de tutela.
- La obligación que el juez impone a la NUEVA E.P.S. de asumir el 50% de los costos en el suministro del procedimiento formulado al titular del

derecho, provoca un desequilibrio financiero a la entidad, dado que se constriñe a la NUEVA E.P.S. a asumir una obligación que le corresponde naturalmente al Estado.

- Con base en lo expuesto formula las siguientes peticiones: (a) principales modificar el parágrafo cuarto del fallo en el sentido que se otorgue a la NUEVA E.P.S. la facultad de recobro del 100% al Fosyga por concepto del servicio no POS ordenado en la sentencia de tutela. (b) Adicionar el fallo de primera instancia, en el sentido que se faculte taxativamente en la parte resolutive del fallo de tutela, el recobro a la NUEVA E.P.S. al FOSYGA, por concepto del tratamiento integral, ordenado en la sentencia, frente a los servicios no POS.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 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.

5.2 Problema jurídico y solución

5.3 Con base en lo expuesto por el impugnante, esta Corporación debe decidir si la sentencia adoptada por la *a quo*, fue acorde a los preceptos legales en relación con los siguientes aspectos:

- Haber decidido que se presentó una vulneración de los derechos del accionante por parte de la NUEVA E.P.S. S.A.
- Ordenar a la NUEVA E.P.S. S.A. que suministre un insumo no POS ordenados por el médico tratante al afiliado, autorizando a esa entidad efectuar el recobro por los servicios no POS prestados, con cargo del FOSYGA.
- Lo relativo al tratamiento integral.

5.4 En el caso *sub examen*, el juez de primera instancia declaró la carencia actual de objeto de la acción de tutela, ya que la entidad accionada autorizó el procedimiento médico formulado al señor GABRIEL ARTEAGA MEJÍA, y autorizó a la NUEVA E.P.S. para efectuar el recobro del 50% ante el FOSYGA.

5.5 Acto de notificación de la sentencia

Sea del caso advertir, que el acto de notificación de la providencia impugnada se surtió presuntamente a través de fax, teniendo en cuenta la nota plasmada en el acta de notificación personal, la cual indica la remisión de la providencia en la fecha 04/05/2011, a través de ese medio.

Nótese que dentro del cuaderno principal existe una escueta constancia manuscrita por persona indeterminada, porque en ella sólo obra su firma, no contiene el nombre de la persona que presuntamente recepcionó el escrito de tutela, la dependencia a la cual pertenece, ni la hora de llegada de la providencia a la entidad accionada.

En consecuencia de lo anterior, en aras de salvaguardar el debido proceso y el derecho de defensa, y con el fin evitar nulidades, se requerirá al juzgado fallador para que en lo sucesivo se sirva realizar los actos de notificación de conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional, esto es, atendiendo la tesis de la recepción, no la de la remisión, entendiéndose de esta manera que la persona se entiende notificada cuando efectivamente recibe el telegrama o comunicación, y no cuando este es enviado, *"y, por tanto, contar el término para impugnar la providencia de tutela a partir del día siguiente del recibo de la comunicación emanada de ese despacho judicial"*³

5.6 Monto del recobro ante el FOSYGA

Frente al reparo que se hace en la impugnación, relacionado con la pretensión en el sentido que la facultad de recobro ante el FOSYGA sea por la totalidad de los gastos en que se incurra en cumplimiento del fallo, cabe recordar, que la razón de ser de la interposición de la solicitud de amparo constitucional se originó en la negativa de autorizar un insumo –stent medicado- que requería el titular del derecho, con argumento de que estaba excluidos del POS.

5.6.1 Esta Sala había adoptado una posición en el sentido que cuando el accionante debía acudir a la acción de tutela ante la negativa de las la Empresas Prestadoras del servicio requeridos por el solicitante. Por ese hecho, tanto las EPS como la EPSS, tenían derecho al recobro del 50 % ante el FOSYGA, atendiendo lo dispuesto en la sentencia de la Corte Constitucional C-463 del 14-05-2008, M.P. Dr. Jaime Araújo Rentarúa:

"En el caso de que las EPS no estudien oportunamente los requerimientos del médico tratante para los usuarios del Régimen Contributivo respecto de servicios excluidos del POS y sean obligados a su prestación mediante acción de tutela, la sanción que impone la disposición demandada a las EPS es que los costos de

³ Corte Constitucional Sentencia T-548 de 1995.

dicha prestación serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga."

5.6.2 El artículo 145 de la ley 1438 de 2011⁴, dispuso la derogación expresa del literal j del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007⁵, el cual ordenaba que todos aquellos servicios no POS debían ser sometidos a estudio del Comité Técnico Científico. Si la EPS o EPSS no valoraba oportunamente tales solicitudes ni las tramitaba ante dicho comité, y la prestación de los mismos se obligaba a través de acción de tutela, los costos serían cubiertos por partes iguales entre la EPS o EPSS y el FOSYGA o el ente territorial respectivo.

Ante esa derogatoria, esta Sala considera que el recobro por todos aquellos servicios autorizados en los fallos de tutela y que se hallen expresamente excluidos del POS, debe ser del 100%. En consecuencia se hace necesario revocar el inciso cuarto de la parte resolutive de la providencia del 3 de mayo de 2011, en razón a que en ella se ordenó el recobro del 50% ante el FOSYGA.

5.7 Respeto del Tratamiento Integral

5.7.1 Sobre este punto vale aclarar que, en el fallo de primera instancia se ordenó textualmente la prestación del tratamiento integral a favor del señor ARTEAGA MEJÍA, respecto a la patología que originó la presente acción, es decir, la denominada "ATEROSCLEROTICA DEL CORAZÓN, HIPERTENSION

⁴ Vigencia 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 3o, 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 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.

⁵ *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.**

ARTERIAL Y ENFERMEDAD CORONARIA" (sic). Asimismo, dispuso el a quo en el ya citado inciso cuarto, que en ocasión a la prestación de toda aquella atención médica no relacionada en el fallo, la entidad estaría facultada a repetir por la totalidad de su costo, siempre y cuando no hubieren ordenado esos servicios como consecuencia del trámite de un incidente de desacato.

Lo anterior quiere decir, que en caso de llegar a suministrar componentes de atención integral excluidos del POS, relacionadas con la patología a la que se contrae este trámite, la E.P.S. tutelada podrá repetir contra el Fosyga por el 100% de su costo, siempre y cuando los mismos no se hayan prestado como consecuencia de la interposición de un incidente de desacato por no haber atendido la orden de suministrar las prestaciones médicas ordenadas en el fallo de primera instancia a favor de la accionante, en cuyo caso sólo se autoriza el recobro del 50%.

Ahora bien, considera esta Corporación que frente al último de los recobros referidos, esto es, en el caso de que se de trámite a un incidente de desacato, el mismo es procedente por el 100% del costo del servicio suministrado, ello atendiendo lo dispuesto en el artículo 145 de la ley 1438 de 2011⁶, a través del cual se dispuso la derogación expresa del literal j del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.

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

6. 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.

7. FALLA

PRIMERO: SE CONFIRMA la sentencia de tutela proferida por el señor Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, mediante el cual se concedió la acción de amparo solicitada por la señora **MARIA GISNELY ALZATE DE ARTEAGA**, quien actúa en representación de su esposo **GABRIEL ARTEAGA MEJÍA**.

SEGUNDO: REVOCAR el inciso cuarto de la sentencia por lo expuesto en precedencia.

⁶ Vigencia 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 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.

TERCERO: SE ADICIONA el fallo en el sentido de que la NUEVA E.P.S. queda facultada para que ejerza el recobro en un 100% frente al FOSYGA, en lo referente al STENT MEDICADO, y de todos aquellos servicios excluidos del POS, que le sean suministrado al señor GABRIEL ARTEAGA MEJÍA como tratamiento integral para la patología que motivó el presente trámite.

CUARTO: REQUERIR al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, para que en lo sucesivo se sirva realizar los actos de notificación de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

QUINTO: 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