

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA

SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Pereira, veinticinco (25) agosto de dos mil once (2011)

Proyecto aprobado por Acta No. 562

Hora: 6:00 p.m.

1. ASUNTO A DECIDIR

1.1 Corresponde a la Sala resolver lo pertinente en relación con la impugnación interpuesta por el representante de CAPRECOM E.P.S.S., contra el fallo mediante el cual el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, tuteló los derechos invocados por la accionante **MARÍA NAZARETH RESTREPO DE JARAMILLO**.

2. ANTECEDENTES

2.1 Los supuestos fácticos de la acción de tutela son los siguientes:

- La señora **MARÍA NAZARETH RESTREPO DE JARAMILLO** padece de incontinencia urinaria, enfermedad que cada día le genera mayor malestar, en razón a ello, le asignaron una cita médica con un médico ginecólogo en el Hospital San Jorge de Pereira.
- A la fecha no ha sido posible su atención y cada vez que se acerca a la entidad le dicen que debe esperar a que la llamen, situación que le ha generado un deterioro a su salud, permitiendo que la enfermedad avance más, lo que causa desmejora en su calidad de vida y le impide ejercer la venta de boletas para rifas, actividad de la cual depende para sobrevivir.

2.2 Solicita que se ordene a CAPRECOM E.P.S.S. la asignación de una cita de ginecología, y un procedimiento quirúrgico de llegar a necesitarlo.

2.3 Anexó al escrito de tutela fotocopia de los siguientes documentos: i) orden de remisión a ginecología; ii) cédula de ciudadanía; y iii) carné de afiliación.

2.4 Mediante auto del 14 de junio de 2011, el *a quo* avocó el conocimiento de la acción de tutela, ordenó vincular al proceso al Hospital Universitario San Jorge de esta ciudad y a la Secretaria de Salud Departamental de Risaralda, y corrió el respectivo traslado a las entidades vinculadas.

3. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

3.1 SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL

El asesor jurídico de la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, dio respuesta al requerimiento del juzgado de la siguiente manera:

- La accionante tiene como diagnóstico "incontinencia urinaria". Su médico tratante ordenó una "valoración por ginecología", servicio que CAPRECOM E.P.S.S. ha negado sin importar que la titular de los derechos sea un sujeto de especial protección, y por tanto acreedora del plan de beneficios del régimen contributivo.
- La E.P.S.S. tutelada conoce las alternativas que se pueden agotar a favor de sus afiliados, en caso de que el servicio formulado se encuentre excluido del POSS, sin ser sometidos a trámites administrativos y/o judiciales.
- Es irracional que la E.P.S.S. fraccione la atención integral, la cual esta obligada a suministrar, máxime cuando se trata de un sujeto de especial protección.
- Hizo referencia a los artículos 2, 4, 13, 58 y 23 del Acuerdo 08 de 2009, los cuales regulan la estructura, cobertura y excepciones del plan obligatorio de salud tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado.
- La consulta especializada hace parte de los beneficios del POSS, tal como lo establece el anexo 2 del Acuerdo 008 de 2009.
- Cuando un medicamento o procedimiento no esté incluido en el POS, se puede efectuar el suministro del servicio y ejecutar el recobro respectivo, sin trasladar trámites administrativos a los afiliados, agotando las instancias que estén a su alcance como lo es la convocatoria del comité técnico científico para el análisis del caso, y la aplicación del contenido del artículo 23 del citado Acuerdo.
- El artículo 26 de la Ley 1438 de 2011, insiste en la vigencia del comité técnico científico.
- En el caso de la accionante existe la necesidad de que el comité técnico científico se reúnan, para que con base en lo formulado a la misma, le sean suministrados los medicamentos y procedimientos que permitan mejorar su salud y controlar sus afecciones.
- Las E.P.S. no deben trasladar trámites administrativos a sus afiliados, tal como lo señala la Corte Constitucional en la sentencia T-1048 de 2003.

3.1.1. Solicita i) que se acceda plenamente a las pretensiones de la demandante; ii) que se declare que el ente territorial no ha vulnerado derecho alguno a la señora RESTREPO DE JARAMILLO, ya que esa entidad no está en contacto directo con la afiliada, quien tiene asignada una administradora del régimen subsidiado para garantizarle la atención integral en salud en su condiciones de sujeto de especial protección; iii) que se ordene a la E.P.S.S. realizar los trámites que estén a su alcance para suministrar lo pedido por la tutelante.

3.1.2 Aportó los siguientes documentos: i) poder especial; ii) Decreto 07 de 2009; y iii) acta de posesión 167 de 2009.

3.2 E.P.S.S. CAPRECOM

La directora territorial encargada de la entidad, dio respuesta al requerimiento del juzgado en los siguientes términos:

- La valoración por ginecología se encuentra excluida del POSS y por ende, corresponde al usuario asumir su costo, de conformidad con lo previsto en los artículos 14, 22, 23, 58, 61-7 literales a, b, c, d, 8 y 9, y 69 del Acuerdo 008 de 2009.
- En aras de garantizar el acceso a los servicios de salud a la peticionaria, quien no allegó soporte científico para lo reclamado, la accionante debe poner a disposición de la entidad fotocopia del historia clínica, orden médica donde se prescribió el servicio y formato de justificación y solicitud de procedimientos no POSS.
- El formato de servicios no POSS debe ser tramitado por el médico tratante.
- La acción de tutela debe ser negada ya que el servicio pretendido carece de soporte legal y científico.
- Los procedimientos no POSS deben ser suministrados por la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, a través del subsidio a la oferta.
- En el formato de negación de servicios están contempladas las alternativas para que el usuario acceda al servicio de salud requerido.
- Los contratos interadministrativos están diseñados para que la Secretaría de Salud Departamental garantice aquellos servicios excluidos del POSS, tal como lo establece la legislación vigente.
- El ente territorial está obligada a garantizar el servicio no POSS a la usuaria.
- No se deben violentar por parte del despacho aquellos procesos de ley, al emitir una orden de servicios sin el lleno de los requisitos y sin ser sometidos

a consideración del comité técnico científico, con el fin de salvaguardar la salud de usuario y no afectar el correcto funcionamiento del sistema de salud.

- Al momento de ordenar mediante fallo la atención integral, se deben especificar y concretar los servicios incluidos en esa atención, con el objeto de evitar el detrimento patrimonial de la entidad.
- En el evento de que se conceda la tutela, solicita la expedición de copia auténtica del fallo como soporte para el posterior recobro ante la Secretaría de Salud.

3.2.1. Eleva las siguientes peticiones: i) que se vincule a la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda al trámite a fin de que expida la respectiva orden de servicios y entregue lo requerido por la accionante; ii) se excluya de la presente acción a la E.P.S.S. CAPRECOM por no haber vulnerado derecho alguno a la accionante; iii) que como medida provisional se ordene al ente territorial expida la respectiva orden de servicios para evitar un perjuicio irremediable a la salud y calidad de vida de la usuaria; iv) que se niegue la acción impetrada por no existir vulneración a los derechos de la accionante, y en el evento de que se conceda el amparo, se expida copia auténtica del fallo para realizar el respectivo recobro ante la Secretaría de Salud.

3.3 HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE

La asesora jurídica del Hospital Universitario San Jorge dio respuesta al escrito de tutela así:

- La señora **MARÍA NAZARETH RESTREPO DE JARAMILLO** fue valorada en esa entidad el 1 de junio de 2011, por un médico cirujano que decide remitirla para que sea atendida por la especialidad de ginecología.
- La entidad programó cita con la especialidad referida para el día 28 de junio de 2011 a las 3:00 p.m., situación que se puso en conocimiento de la accionante a través de llamada telefónica el día 20 de junio de 2011.
- Los exámenes y tratamiento integral que le sean ordenados a la actora, deben ser autorizados por CAPRECOM E.P.S.S., ya que la peticionaria ostenta la calidad de afiliada a esa entidad, razón por la cual tiene la obligación constitucional y legal de garantizar a sus usuarios la atención integral en salud, sin que le esté permitido denegar servicios con el argumento de que se encuentran excluidos del POSS, toda vez que tiene la facultad de recobro ante el Fosyga.
- Esa entidad asistencial no ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante y está dispuesta a brindar todos los servicios de salud a la tutelante, prueba de ello es la asignación de la valoración pretendida.

3.3.1 Solicitó la desvinculación del Hospital Universitario San Jorge del trámite, teniendo en cuenta que los hechos que dieron origen a la demanda se encuentran superados con la programación de la cita con la especialidad de ginecología.

4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

4.1 El 28 de junio de 2011¹, el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira; (i) decidió tutelar los derechos fundamentales de señora MARÍA NAZARETH RESTREPO DE JARAMILLO. En consecuencia, se ordenó a la empresa promotora de salud subsidiada CAPRECOM la atención integral a la paciente respecto a la patología que padece; y ii) autorizó a la E.P.S.S. a repetir contra la Secretaría de Salud del Departamento, por el 100% de los gastos en que incurra en el acatamiento del fallo, siempre y cuando no sean producto de la interposición de un incidente de desacato, caso en el cual el recobro será del 50%.

5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

5.1 La directora territorial encargada de CAPRECOM E.P.S.S. presentó escrito de apelación en los mismos términos en los que dio contestación a la demanda, por medio del cual solicita que se revoquen los numerales 1° y 2° del fallo, y se especifique los servicios que debe entregar a la usuaria.

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.

¹ Folios 26-34

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 la juez de primera instancia fue acorde a los preceptos legales en relación con lo referente a la orden del suministro de del tratamiento integral a favor de la señora **MARÍA NAZARETH RESTREPO DE JARAMILLO**, en lo relativo a la patología que padece.

6.3.2. Sobre el tratamiento integral

Como quiera que no basta con la sola valoración por ginecología para considerar atendida la enfermedad de la 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 señora **MARÍA NAZARETH RESTREPO DE JARAMILLO**.

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 necesidades². Por ello deberá la E.P.S.S. CAPRECOM, brindar el tratamiento que requiera la usuaria, conforme lo tiene sentado la jurisprudencia:

“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

²Sentencia T-136/04, T-20/06

*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.*³

El haberse dispuesto el tratamiento integral para la actora, contrario a lo deprecado por la E.P.S.S. CAPRECOM, 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 oportunidades⁴.

6.3.3 Respeto al recobro del tratamiento integral

Sobre este punto vale aclarar que, en el fallo de primera instancia se ordenó textualmente la prestación del tratamiento integral a favor de la señora **RESTREPO DE JARAMILLO**, en lo que respecta a la patología que originó la presente acción, es decir, la denominada "incontinencia urinaria", facultando a esa entidad para realizar el respectivo recobro ante la Secretaria de Salud Departamental de Risaralda por el 100% de los servicios no cubiertos por el POSS, siempre y cuando no sean producto de la interposición de un incidente de desacato, caso en el cual el recobro será del 50%.

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

El artículo 145 de la ley 1438 de 2011⁵, dispuso la derogación expresa del literal j del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007⁶, el cual ordenaba que todos aquellos

³Sentencia T-518 del 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴Sentencias T461/07, T-888/06, entre otras.

⁵Vigencia 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.

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 tercero de la parte resolutive de la providencia del 28 de junio de 2011, en razón a que en ella se ordenó el recobro del 50% ante la Secretaria de Salud Departamental de Risaralda, en el caso de que se diera inicio al incidente de desacato.

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.

9. FALLA

PRIMERO: SE CONFIRMA la sentencia de tutela proferida por el señor Juez Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, mediante el cual

⁶ *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.**

se concedió la acción de amparo solicitada por la señora **MARÍA NAZARETH RESTREPO DE JARAMILLO**, con relación al tratamiento integral.

SEGUNDO: SE ADICIONA el fallo en el sentido de que la E.P.S.S. CAPRECOM 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 POS, que le sean suministrados a la señora **NAZARETH RESTREPO DE JARAMILLO** 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