

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA No. 7 DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES

Magistrada Ponente: Claudia María Arcila Ríos

Pereira, veintiocho de mayo de dos mil catorce

Acta No. 222 del 28 de mayo de 2014

Expediente No. 66001-31-18-001-2014-00043-01

Procede la Sala a decidir la impugnación propuesta por la accionante Yuli Marcela Castro Giraldo frente a la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento de Pereira, el pasado 21 de marzo, en la acción de tutela que instauró contra la Nueva EPS.

A N T E C E D E N T E S

1.- Relató la actora que se le diagnosticó "CIRROSIS BILIAR PRIMARIA, HEPATITIS AUTOINMUNE" como consecuencia de su diagnóstico principal "LUPUS ERITEMATOSO SISTEMICO"; para su tratamiento requiere atención especializada por hepatología; se encontraba afiliada a la EPS Aliansalud y sin ningún inconveniente se le autorizaba las valoraciones en el Clínica del Valle de Lili en la ciudad de Cali; fue examinada por reumatólogo quien la remitió al hepatólogo; se trasladó a la Nueva EPS y presentó la respectiva orden; inicialmente no se la recibieron porque supuestamente no estaba al día con las cotizaciones y después de aclarar esa situación, la entidad le informó que solo autorizaba valoraciones con médico hepatólogo a pacientes con cáncer o trasplante de hígado.

Agregó que el 21 de febrero de este año elevó derecho de petición para obtener se materializara la orden médica y para que la valoración correspondiente la practicara el Dr. Diego Fernando Jiménez Rivera, quien la ha tratado desde el año 2008 en la Clínica Valle del Lili; como no le respondían, acudió a la Nueva EPS y verbalmente le informaron que no cuentan con especialista hepatólogo.

2.- Considera lesionados sus derechos a la vida, la salud, la seguridad social y el de petición. Para protegerlos, solicita se ordene a la Nueva EPS autorizar de manera inmediata la valoración por médico hepatólogo y se inicie el tratamiento ordenado por el Dr. Diego Fernando Jiménez Rivera; se le suministren todo los servicios que requiera de manera integral, así no hagan parte del POS; se le cubran los gastos de traslado y estadía en otras ciudades, para ella

y un acompañante y se responsabilice a la demandada, en caso de no prestarle los servicios de salud que requiere.

ACTUACIÓN PROCESAL

1.- Por auto de 11 de marzo pasado se admitió la demanda y se ordenaron las notificaciones de rigor.

2.- La representante judicial de la Nueva EPS se pronunció para manifestar que la entidad ha venido prestando todos los servicios médicos solicitados por la afiliada; actualmente tiene contrato con la fundación Valle de Lili y se remitió a la misma señora a consulta especializada por hepatología para definir el tratamiento a seguir; no puede garantizar la atención exclusiva en una sola IPS ni con un profesional médico en particular porque eso depende de las relaciones contractuales que se tengan y de la capacidad de cada una de esas entidades; la usuaria manifestó que no quería ser atendida por el Dr. Trujillo, pretensión que no tiene objeto puesto que no se ha dejado de brindarle la atención que requiere y debe ser conminada para que acepte la cita correspondiente con los médicos adscritos a la entidad.

Considera que no ha vulnerado derechos a la actora y pidió se niegue el amparo solicitado; en su defecto, se le faculte para recobrar al Fosyga por el 100% de los servicios que legalmente no debe asumir.

3.- El 2 de marzo de este año se dictó sentencia. En ella se concedió la tutela solicitada y se ordenó a la Nueva EPS autorizar a la señora Yuli Marcela Castro Giraldo la cita con la especialidad de hepatología ordenada por su médico tratante; suministrarle un tratamiento integral respecto de su actual patología, cirrosis biliar primaria hepatitis autoinmune y se facultó a la accionada para ejercer la acción de recobro ante el Fosyga. Por último ordenó que una vez se asigne la cita con el especialista hepatólogo, la EPS demandada deberá suministrarle los gastos de transporte a la usuaria, de ser otorgada en otra ciudad, "que será con un acompañante de ser necesario; así como con alojamiento en caso de requerir pernoctar en dicha localidad".

Para decidir así, después de citar jurisprudencia constitucional relacionada con el derecho a la salud, indicó el funcionario de primera sede que la negativa en autorizar a la accionante la valoración por especialista, lesiona su derecho a vivir en condiciones dignas, teniendo en cuenta que su historia clínica refleja que presenta varias patologías y requiere ese servicio de forma urgente para no afectar su salud, el que no demostró haber autorizado la entidad demandada.

4.- La demandante, inconforme parcialmente con el fallo, lo impugnó. Adujo que se le otorgó atención integral solo para sus enfermedades secundarias de cirrosis y hepatitis, mas no para su padecimiento principal de lupus eritematoso sistemático, del cual se derivan aquellas. De otra parte considera que la orden para que se cubran los gastos de transporte y alojamiento no es clara cuando se refiere al acompañante, "toda vez que se me concede el cubrimiento de transporte y alojamiento pero el de mi acompañante de ser necesario no es claro". En consecuencia, solicita se extienda la orden de tratamiento integral para la patología de lupus eritematoso sistemático y que se disponga que "de ser necesario exámenes, valoraciones, y otros tratamientos médicos en una ciudad distinta a la de Pereira, sea concedido transporte, viáticos y hospedajes para un acompañante de ser necesario".

CONSIDERACIONES

1.- El fin de la acción de tutela es la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, concedida a todos los ciudadanos por el artículo 86 de la Constitución Política, ante su vulneración o amenaza generada por cualquier autoridad pública y aun por los particulares en los casos previstos por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

2.- Se considera acertado el fallo de primera instancia que concedió el amparo solicitado para proteger la salud de la accionante, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional que desde hace algún tiempo modificó su criterio anterior y le ha otorgado el carácter de fundamental a tal derecho, de manera autónoma, sin que necesariamente deba estar en conexidad con otro que participe de tal naturaleza¹.

Por consiguiente, la sentencia que se revisa, en cuanto ordenó a la Nueva EPS autorizar valoración con especialista hepatólogo y suministrar a la demandante un tratamiento integral, no merece reparo alguno pues son esas las medidas apropiadas para proteger los derechos a la salud y a la vida de la peticionaria.

3.- Esta considera que esa providencia debe ser aclarada. En primer lugar, porque el tratamiento integral ordenado se dispuso respecto de sus padecimientos de cirrosis y hepatitis, pero el diagnóstico principal, del cual se desprenden aquellas enfermedades, es lupus eritematoso sistemático. Además, porque lo relacionado con los gastos de transporte y alojamiento para un acompañante no es suficientemente comprensible.

En la sentencia de primera sede se ordenó a la EPS suministrar a la demandante un tratamiento integral, medida que como ya se

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2007, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

expresara se estima acertada porque responde a la necesidad de brindar la atención que requiere para recuperar su salud. Sin embargo, como lo explicó la recurrente, no tuvo en cuenta su diagnóstico principal, el que de acuerdo con su historia clínica es el de lupus eritematoso sistemático² y por ello, se hace necesario aclarar la orden respectiva para extenderla a su dolencia primaria.

Respecto de la orden para que la Nueva EPS suministre los gastos de transporte y alojamiento que requieran la actora y quien la acompañe, cuando los servicios médicos deban prestarse en otra ciudad, es menester precisar que de tiempo atrás la Corte Constitucional ha sentado una línea jurisprudencial para explicar los eventos en que resulta posible, por vía de tutela, imponer órdenes en tal sentido. Al respecto ha dicho:

“Sobre este tema, la Corte Constitucional ha sostenido que, aunque el transporte y el hospedaje del paciente y su acompañante no constituyen servicios médicos, hay ciertos casos en los cuales el acceso efectivo y real al servicio de salud depende de la ayuda para garantizar el desplazamiento al lugar donde será prestada la atención.

“Este tribunal ha considerado, a partir del principio de solidaridad sobre el que descansa el derecho a la seguridad social, que cuando un usuario del Sistema de Salud es remitido a un lugar diferente al de su residencia para recibir la atención médica prescrita por su galeno tratante, debido a que su EPS no cuenta con disponibilidad de servicios en el lugar de afiliación, los gastos que se originen por el transporte y la estadía deben ser asumidos por el paciente o su familia.

“No obstante, se ha establecido como excepción a la anterior regla el caso de los usuarios que son remitidos a un municipio diferente al de su residencia, pero ni ellos ni su familia cuentan con la capacidad económica para asumir el costo del transporte...

“Así las cosas, se advirtió que el servicio de transporte se encuentra dentro del POS y en consecuencia debía ser asumido por la EPS en aquellos eventos en los que:

“i. Un paciente sea remitido en ambulancia por una IPS a otra, cuando la primera no cuente con el servicio requerido.

“ii. Se necesite el traslado del paciente en ambulancia para recibir atención domiciliaria bajo la responsabilidad de la EPS y según el criterio del médico tratante.

“iii. Un paciente ambulatorio deba acceder a un servicio que no esté disponible en el municipio de su residencia y necesite ser transportado en un medio diferente a la ambulancia.

“6.4. A partir de esta última situación, las subreglas jurisprudenciales en materia de gastos de transporte intermunicipal se circunscriben a los siguientes eventos:

² Ver folios 8 a 10 del cuaderno principal.

“i. El servicio fue autorizado directamente por la EPS, remitiendo a un prestador de un municipio distinto de la residencia del paciente.

“ii. Ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado.

“iii. De no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.

“iv. Si la atención médica en el lugar de remisión exigiere más de un día de duración se cubrirán los gastos de alojamiento.

“6.5. En el mismo sentido, fueron establecidas 3 situaciones en las que procede el amparo constitucional en relación con la financiación de un acompañante del paciente, como se lee:

“i. el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento,

“ii. requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y

“iii. ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado.

“De forma puntual, en torno a la capacidad económica del paciente y su familia, este tribunal ha concluido:

“...

“... la identificación de los eventos en los cuales es viable autorizar el servicio de transporte o suministrar ayuda económica depende del análisis fáctico en cada caso concreto, donde el juez debe evaluar la pertinencia, necesidad y urgencia de la medida, así como las condiciones económicas del actor y su núcleo familiar. Así entonces, cuando deban prestarse servicios médicos en lugares diferentes al de la sede del paciente, si éste ni su familia disponen de los recursos suficientes para tal fin y se comprometen sus derechos fundamentales, procede la acción de tutela para ordenar a la EPS que pague los costos pertinentes y, posteriormente, recobre a la entidad estatal correspondiente, por los valores que no esté obligada a sufragar”.

“De allí, se genera la obligación del actor y su núcleo familiar de poner en conocimiento de juez su precaria situación económica, invirtiéndose la carga de la prueba hacia la EPS quien deberá probar que el afiliado cuenta con la capacidad financiera requerida. En caso de guardar silencio, se tendrá por probada la afirmación del accionante.”³

De acuerdo con esa jurisprudencia, sobre las entidades prestadoras de servicios de salud recae la obligación de asumir los costos de transporte y alojamiento del paciente y también los de un acompañante, de requerirlo, cuando ni el interesado ni su familia cuenten con recursos económicos para sufragar su valor.

³ Sentencia T-206 de 2013. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio

En el asunto bajo estudio no relató la actora hecho alguno del que puede inferirse que ni ella, ni su familia puedan atender los costos de transporte y alojamiento cuando deba ser atendida en el lugar distinto al de su residencia. Nada al respecto se dijo en el escrito por medio del cual se formuló la acción y por ende, puede entonces afirmarse que lo relacionado con la falta de capacidad económica de la actora no fue objeto de controversia y tampoco pudo ser controvertido por la entidad accionada.

Por ello, será revocada la decisión que ordenó a la Nueva EPS asumir los gastos de transporte y alojamiento para la actora.

4.- Tampoco se accederá a ordenarlos para un acompañante por las razones expuestas y porque menos aún se demostró que la paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, ni que requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas, como lo exige la jurisprudencia transcrita.

5.- Las decisiones anteriores se adoptarán aunque afecten a la apelante única, lo que no constituye una violación al principio de la *non reformatio in pejus*, que no tiene aplicación en materia de procesos de tutela, en los que están involucrados derechos fundamentales. Así lo ha explicado la Corte Constitucional:

“En cuanto atañe a la aplicación del mencionado principio al proceso de tutela, la Corte ha considerado que, dadas sus características, en particular el singularísimo objeto que la distingue -cual es la protección efectiva de los derechos fundamentales-, no es absoluta.

“Si se hace un repaso de lo que sobre el tema en referencia ha sostenido la jurisprudencia constitucional, se encuentra que mediante sentencia T-138 del 16 de abril de 1993 (Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell) la Sala Segunda de Revisión expresó que no era procedente aplicar el aludido principio habida consideración de los derechos e intereses superiores que a través de la acción de tutela busca la Constitución garantizar”.

“Dijo la Corte:

“...La figura de la reformatio in pejus no tiene operancia, cuando el juzgador de la segunda instancia revisa la decisión del a quo ni cuando la correspondiente Sala de Revisión de la Corte Constitucional efectúa la revisión ordenada por los artículos 86, inciso 2º; 241, numeral 9º de la Constitución Nacional y 33 del Decreto 2591. Sostener lo contrario conduciría a que so pretexto de no hacerse más gravosa la situación del peticionario de la tutela que obtuvo un pronunciamiento favorable en la primera instancia, se pudiese violar la propia Constitución, al conceder una tutela que, como sucede en el presente caso, es a todas luces improcedente”. (Cfr. C.

Const. Sala Segunda de Revisión. Sent. T-138 de abr. 16/93. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell)...⁴.

6.- También se revocará la decisión de autorizar a la EPS demandada ejercer la acción de recobro ante el FOSYGA por los servicios no POS que deba prestar a la demandante en cumplimiento del fallo.

Sobre el tema, la Corte Constitucional en sentencia T-760 de 2008 impuso una serie de órdenes al Ministerio de la Protección Social y al administrador fiduciario Fosyga, para que adoptaran medidas que garanticen que el procedimiento de recobro por parte de las entidades promotoras de salud sea ágil con miras a asegurar el flujo de recursos necesario para proteger efectivamente el derecho en el sistema y dentro de ellas, que no se podría establecer que en la parte resolutive del fallo de tutela se autorice el recobro como condición para autorizar el servicio médico no cubierto por el POS ni para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir, pues bastará con que el Fosyga constate que la entidad no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC.

Y en la sentencia T-727 de 2011⁵, dijo la misma Corporación:

“Por último, en relación con la orden de recobro al Fosyga sostiene la Sala, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente fallo, que la entidad demandada, Salud Total EPS, tiene la posibilidad de repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del sistema general de seguridad social en salud, si hubiere lugar, por el valor de los gastos en los que incurra por el suministro de servicios médicos excluidos del POS, en los términos de la ley 1438 de 2011, es decir por el 100% de los costos de los servicios excluido del POS.

“De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta lo expresado por esta Corporación en la sentencia T-760 de 2008, no le es dable al Fosyga negar el recobro que las EPS presenten, en los eventos en que estas tengan que asumir procedimientos, tratamientos, medicamentos que no se encuentran dentro del POS, por el simple hecho de no estar reconocido de manera expresa en la parte resolutive del correspondiente fallo de tutela, es decir, basta, para que proceda dicho recobro, con que se constate que la EPS no se encuentra en la obligación legal ni reglamentaria de asumir su costo o valor, de acuerdo con lo que el plan de beneficios de que se trate establezca para el efecto⁶.

“Así las cosas, la Sala se abstendrá de autorizar de manera expresa, a Salud Total EPS, para que recobre ante el Fosyga el valor de los procedimientos, tratamientos, medicamentos que no se encuentran dentro del POS que requiera el paciente y,

⁴ Sentencia T-913 de 1999, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

⁵ Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁶ Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

para el efecto, será suficiente que se establezca que no está obligada ni legal ni reglamentariamente a asumirlos...”.

De acuerdo con lo anterior, no es necesario que el juez de tutela emita un pronunciamiento en relación con la facultad que tienen las entidades prestadoras de servicios de salud para ejercer la acción de recobro frente a la autoridad legalmente obligada a suministrar aquellos que no hacen parte del plan de beneficios, porque no es ese un requisito que se les pueda exigir para obtener su reconocimiento.

7.- En conclusión, se avalará la sentencia que se revisa en cuanto concedió la tutela solicitada y ordenó brindar a la paciente un tratamiento integral; se aclarará lo relacionado con la patología que justifica la última decisión; se revocará la decisión que ordenó a la Nueva EPS asumir los costos de alojamiento y transporte que requiera la demandante y aquella que facultó a la misma entidad para ejercer la acción de recobro ante el Fosyga y se negará la petición para que se ordene a la entidad demandada suministrar los gastos de transporte y alojamiento al acompañante de la actora.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala No. 7 de Asuntos Penales para Adolescentes, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR los ordinales primero, segundo y parcialmente el tercero, de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento de Pereira, el 21 de marzo de este año, en la acción de tutela promovida por Yuli Marcela Castro Giraldo contra la Nueva EPS, **ACLARANDO** el tercero, en sentido de que el tratamiento integral ordenado, lo será también respecto de la enfermedad de lupus eritematoso sistemático que padece la accionante.

SEGUNDO.- REVOCAR parcialmente el ordinal tercero de esa sentencia, en cuanto autorizó a la EPS demandada ejercer la acción de recobro ante en Fosyga y en su lugar, se niega la solicitud que en tal sentido elevó la referida entidad; también el ordinal cuarto y en su lugar, se niega la petición elevada por la accionante para que la Nueva EPS asuma los costos que por transporte y alojamiento requiriera, cuando deba trasladarse a una ciudad diferente a la de su residencia para recibir un servicio de salud.

TERCERO.- ADICIONAR la sentencia proferida para negar la solicitud de autorizar los gastos de transporte y alojamiento para un acompañante, cuando la demandante requiera trasladarse a otra ciudad, con el fin de ser atendida médicamente.

CUARTO.- Como lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

QUINTO.- Lo aquí decidido notifíquese a las partes al tenor del canon 30 ibídem y siguiendo las indicaciones señaladas en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS

EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
(con salvamento de voto)